



الدكتور

يوسف قاسم

أستاذ الشريعة الإسلامية
بكلية الحقوق - جامعة القاهرة
وانغمسى بالنقض

نظرية الضرورة

في

الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي

١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبدالخالق تروت
القاهرة

مطبعة جامعة القاهرة
والكتاب الجامعي

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

بسم الله الرحمن الرحيم

« امن يجيب المضطر اذا دعاه ويكشف السوء

ويجعلكم خلفاء الأرض اءله مع الله قليلا ما تذكرون »

صدق الله العظيم

الحمد لله .. يجيب المضطر اذا دعاه ويكشف السوء .. وينزل
الغيث .. وينشر رحمته وهو الولي الحميد .

والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله .. جاء بالهدى ودين
الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون . صلى الله عليه وعلى
آله وأصحابه وأخوانه من النبيين والمرسلين ومن اتبع هداهم الى يوم
الدين .

وبعد :

فان نظرية الضرورة لها أهميتها البالغة في كل أطوار الحياة
الانسانية .

فما من انسان في هذا الوجود ، الا وقد تحيط به ظروف تدفعه
الى الخروج عن بعض القواعد الواجب احترامها . ومرجع ذلك الى
الطبيعة البشرية . ومدى الضعف الذى يحيط بها (١) . فكما أن الناس
لا يستغنون عن القواعد التى تنظم حياتهم فى صورتها العادية . فانهم
لا يستغنون عن تلك القواعد التى تحكم الظروف الاستثنائية التى قد
تجبط بفريق منهم .

ولذلك فان الله سبحانه - وهو العليم بضعف هذا الانسان - شرع
لعباده كل ما يصلح شأنهم ويقوم معوجهم ، فى حياتهم الدنيا ، وعند
رجوعهم الى ربهم .

وبالنسبة للحياة فى هذه الدنيا ، فان الله عز وجل أنزل القواعد
المحكمة الأبدية الدائمة التى لا تقبل تبديلا ولا نسخا ولا تغييرا .

ومع ذلك فانه تبارك وتعالى أعقب هذه الأحكام الدائمة - التى
تطبق فى الظروف العادية - بأحكام أخرى ، تطبق فى الظروف الاستثنائية
حرصا على حياة الناس ، ومحافظة على حقوقهم .

(١) وصدق الله العظيم اذ يقول : « وخلق الانسان ضعيفا » .

وما أكثر ما يضادف الناس من ظروف اضطرارية أو استثنائية . وما أكثر الأزمات التي تحيط بهم ، والتي تجعل من تطبيق الأحكام الدائمة أمرا شاقا عسيرا ، فيضطرون الى الخروج عن مقتضاها .

فالحروب والمجاعات والكوارث الطبيعية وغير الطبيعية كلها ظروف تجبر من يوجد فيها وتدفعه الى البحث عن انقاذ حياته بتناول طعام محرم أو باستعمال أدوات الغير ، أو بأخذ بعض أموالهم دفعا لخطر الهلاك . وما أكثر — من ناحية أخرى — ما قد يحل بالانسان في حياته الخاصة من ظروف حرجة تحمله على الخروج عن أحكام القانون وتدفعه الى مخالفتها محافظة على حياته أو حياة أحد أقاربه أو أحد من ذويه ، أو ممن يهمهم أمره . بل ربما حياة انسان ما ؛ تعرض لخطر أو هلاك حتى ولو لم يكن قريبا أو صديقا .

وما أعظم أجر من أغاث ملهوبا ، أو أنقذ مضطرا ، أو نفس ضائعة عن مكروب . وصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ يقول : « من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة . ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة . ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه » (١) .

تقسيم :

نقسم دراستنا في هذا الموضوع الى قسمين رئيسيين :

القسم الأول : النظرية العامة للضرورة ، حيث نبين معناها لغة وشرعا . ثم نفرق بين الضرورة وبين غيرها من الظروف الأخرى التي قد تسائلها في معناها ، أو في أثرها . ونخصص لذلك الباب الأول من هذا القسم . ثم نتكلم عن أساس نظرية الضرورة في الفقه الاسلامي ، وفي نظر شراح القانون الوضعي ، وذلك في الباب الثاني من هذا القسم ، وبعد البحث عن أساس النظرية تتكلم عن أركانها وشروطها في الباب الثالث . واذا ما انتهينا من دراسة الشروط تتكلم بالتفصيل عن آثار نظرية الضرورة وذلك في الباب الرابع من هذا القسم .

أما القسم الثاني فسوف نخصصه لدراسة تطبيقات نظرية الضرورة .
فنبحث في الباب الأول تطبيقات الضرورة المتعلقة بالنفس . ثم نتكلم
في الباب الثاني عن تطبيقات الضرورة المتعلقة بالغير . وفي ثانيا كلاً من
سوف نبحث بالتفصيل - ان شاء الله تعالى - أحكام الضرورة المتعلقة
بالمال . سواء في ذلك ما يتصل بالنظرية العامة أو بالتطبيقات (١) .

هذا هو جوهر الموضوع وصميم البحث . ولكن هنالك بعض
الأمور التي لا بد من التعرض لها ، والإشارة إليها . وان لم تكن من
صلب الموضوع وجوهره . وذلك لما لها من صلة وثيقة به وارتباط
كبير .

فالدراسة التاريخية لأي موضوع لا بد منها ، لما تلقيه من ضوء
على الموضوع برمته من حيث ماضيه وحاضره .

ومن ناحية أخرى فان نظرية الضرورة بعمومها تنطبق على كل أحوال
الانسان ، وسائر تصرفاته . وليس في الامكان القيام بهذا العبء الكبير .
ولذلك فانا نركز بحثنا على دراسة نظرية الضرورة في مجال الفقه
الجنائي ، ومع هذا فلا بد من الإشارة الى الضرورة في الفروع الأخرى .
مثل العبادات والمعاملات ، وفي القانون العام الداخلي والدولي . . بل
انا حتى في مجال الفقه الجنائي قد نجد من المستحسن دراسة نظرية
الضرورة بمعناها الخاص دون التعرض تفصيلاً لبعض حالات الاضطراب
التي قد يكون لها استقلال من بعض الوجوه ، مثل حالة الاكراه المعنوي ،
وحالة الدفاع الشرعي . كما سنبين ذلك عند دراستنا لنطاق نظرية
الضرورة (٢) .

(١) فخطر الضرورة قد يحقق بالنفس وقد يحيط بالمال ، وهو
الركن الاساسي من اركان الضرورة ، سوف نبثه تفصيلاً في موضعه
المناسب ان شاء الله تعالى . وسوف نبين بالتفصيل حكم الضرورة المتعلقة
بالأموال . وكذلك الحال بالنسبة لدراستنا الخاصة بتطبيقات نظرية
الضرورة ، سوف نرى عندها كثيراً من الحالات التي ينبغى فيها المحافظة
على الأموال من التلف ، وحفظها من الضياع .

(٢) فقد نشر اليهما اجمالاً . اما الدراسة التفصيلية بالنسبة للدفاع
الشرعي فيمكن الرجوع الى كتابنا : نظرية الدفاع الشرعي في الفقه
الجنائي الاسلامي والقانون الجنائي الوضعي طبعة سنة ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .
ولعلنا بتوفيق الله نتمكن من اخراج بحث في الاكراه المعنوي .

خطة البحث :

وهكذا ظهرت لنا خطة البحث بصورة واضحة محددة على النحو التالي :

الباب التمهيدي : تاريخ نظرية الضرورة ونطاقها .

القسم الأول : النظرية العامة للضرورة .

الباب الأول : في ماهية الضرورة .

الباب الثاني في أصول نظرية الضرورة .

الباب الثالث : في أركان الضرورة وشروطها .

الباب الرابع : في آثار نظرية الضرورة .

القسم الثاني : في تطبيقات نظرية الضرورة .

الباب الأول : في حالات الضرورة المتعلقة بالنفس .

الباب الثاني : في حالات الضرورة المتعلقة بالغير .

خاتمة البحث : نسجل فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها .

والله تعالى أسأل أن يوفقني الى انجاز هذا العمل كما يحب ربنا
عز وجل ويرضى . وأن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم نافعا
مقبلا انه سبحانه نعم المولى ونعم النصير وهو حسبى ونعم الوكيل .،

المؤلف

الباب التمهيدى فى تاريخ نظرية الضرورة ونطاقها

١ - نتناول في هذا الباب الجانب التاريخي لنظرية الضرورة . ثم نبين الصلة بينهما وبين بعض القواعد الأصولية العامة . ذلك أن لنظرية الضرورة ارتباط كبير بالضروريات الخمس الكلية . ثم نتكلم بعد ذلك عن نطاق نظرية الضرورة .

وبهذا تنقسم دراستنا التمهيدية الى الفصول الثلاثة الآتية :

الفصل الأول : تاريخ نظرية الضرورة .

الفصل الثاني : الضرورة والضروريات .

الفصل الثالث : نطاق نظرية الضرورة .

الفصل الأول

في

تاريخ نظرية الضرورة

٢ - ان الدراسة التاريخية لأي علم أو فن تمثل أهمية لا يمكن انكارها بالنسبة لهذا الفن أو ذلك العلم . لأن كلا منهما ليس مستقلا ولا قائما بذاته . وانما لكل علم جذور يرتبط بها ماضيه بحاضره .

وفيما يتعلق بنظرية الضرورة فانه يمكن ارجاعها الى النشأة الأولى للعالم الانساني فهي قديمة قدم العالم كما يقولون (١) . وأساس ذلك التنازع الخطير بين ما يمكن تسميته بغيريزة حب البقاء وبين النصوص القانونية الجامدة المفروضة على المجتمع (٢) .

(١) ، (٢)

Cette théorie, Vielle Comme le monde, resulte d'un conflit fatal entre ce qu'on peut appeler d'un mot l'instinct de conservation inhérent à la nature humaine et le caractère nécessairement regide des regles de droit qui s'imposent a la société.

Edouars towfik hazzan, l'etat de nécessité en droit penal .. P. 1
thèse, Paris 1949.

فالظروف الاضطرارية تنشئ تعارضا حتميا بين نص قانوني معين وبين ما تقتضيه طبيعة البشر ، وما جبلت عليه من ضرورة المحافظة على الحياة . وذلك أمر ملازم للانسان منذ نشأته الأولى . ولا يزال ملازما له . وسيظل كذلك أبدا الدهر (١) .

ونحن في دراستنا لتاريخ نظرية الضرورة تقتصر على ما أمكننا الرجوع اليه (٢) من التشريعات القديمة . فنشير الى الضرورة في القانون الهندي القديم . ثم نتكلم عن الضرورة في التوراة والانجيل . وأخيرا الضرورة في القانون الروماني (٣) .

١ - القانون الهندي القديم

٣ - تضمن قانون مانو (٤) بعض الحالات التي يمكن اعتبارها تطبيقا لنظرية الضرورة ومن هذه الحالات ما يأتي :

(١) ومن هنا أمكن القول بأن نظرية الضرورة وان كانت قديمة جدا فانها كذلك حديثة جدا . وعلى حد تعبير دونديه دي فاير في تقديمه لرسالة الدكتور أدوارد توفيق المشار إليها ص ١ :

L'état de nécessité est un sujet a la foi très ancien et très nouveau». ويرجع السر في حداتها الى ملازمتها للحياة الانسانية ايضا فهي تتطور بتطورها وتتقدم بتقدمها .

(٢) رجوعا مباشرا أو غير مباشرا حسب الامكان .

(٣) وانما بدأت بالقانون الهندي القديم لأن هذا القانون يعتبر من اقدم التشريعات على الاقل بالنسبة للمصادر الموجودة لدينا والخاصة بالديانتين اليهودية والمسيحية . فقانون مانو الهندي يرجعه الشراح الى سنة ١٢٠٠ ق.م . بخلاف سفر التثنية الذي يرجع تاريخه الى سنة ٦٢١ ق.م . كما أن سفر الخروج منسوب الى سنة ٥٣٨ ق.م . .

(٤) يعتبر هذا القانون من الآثار القانونية القديمة حيث يرجع تاريخه الى سنة ١٢٠٠ أو سنة ١٢٨٠ ق.م . وهو قانون ديني يقال أن مانو تلقاه من براهما لينظم حياة المجتمع الهندي كله . وهو يتكون من مجموعة من الآثار القانونية القديمة التي صيغت في آيات من الشعر تصل الى ٢٦٨٥ بيتا . ويقوم في الوقت ذاته على طبيعة المجتمع الهندي . وقد تزمّت في ذلك الى أبعد الحدود . حيث قسم المجتمع الهندي الى طبقات اربع : البراهمة وهم الصفوة . والكشائية ثم الفيزيا وأخيرا الشودرا . وتختلف العقوبة الواجب تطبيقها على الجاني باختلاف طبقته وطبقة المجنى عليه . فتشدد العقوبة على أشرف هذه الطبقات وهم البراهمة . فالجاني اذا كان برهميا تشدد عليه العقوبة . وكذلك تشدد العقوبة على غير البرهمي اذا كان المجنى عليه برهميا . ومثال تشدد العقوبة بالنظر الى طبقة الجاني

(أ) البرهमी الذى تمضى عليه ست وجبات أو ثلاثة أيام دون أن يأكل شيئاً عليه عند الوجبة السادسة أو فى صباح اليوم الرابع أن يأخذ الشيء الذى يأكل منه أثناء الرحلة دون أن يهتم باليوم التالى (١) .

وظاهر أن النص يفترض أن البرهमी اذا كان فى حالة سفر ، وقد نفذ طعامه أو فقده وظل ثلاثة أيام بلا طعام . فانه يأخذ من طعام الغير القدر الذى يأكل منه بشرط أن لا يأخذ الا ما يسد حاجته فى هذا اليوم فقط دون أن يهتم باليوم التالى . ويستوى فى ذلك أن يأخذ طعاماً معداً للتناول فى الحال . أو ما يقوم مقامه كأخذ الغلال اللازمة للانقاذ من حالة الجوع وفى هذا يقول نص آخر « ان الملك العادل لا يوقع أى غرامة على هذا الرجل الذى يسرق أو يأخذ بالقوة ما يكون ضرورياً لانقاذ حياته ... » (٢) .

(ب) الهدايا يحرم قبولها على البرهमी فى ظروف معينة . ومع ذلك فان الضرورة تبيح قبولها فى الظروف المحرمة . وفى هذا يقول النص : « فليعلم أن الكتاب المقدس قد أرشد الى قبول الهدايا فى الظروف المحرمة عندما يكونون فى حالة ضيق وتكون الهدية لازمة للانقاذ ، فانهم حينئذ لا يرتكبون أى خطأ . بل يكونون أنقى من الماء أو النار » (٣) .

جريمة السرقة اذا وقعت من برهमी فانه يدفع غرامة قدرها اربع وستون مثلاً للشيء المسروق ، واذا كان من السارق الكشائرية فانه يدفع اثنين وثلاثين مثلاً . والفيزيا يدفع ستة عشر مثلاً ، واما الشوادرا فيدفع ثمانية أمثال . أما اختلاف العقوبة بالنظر الى المجنى عليه فيظهر فى جريمة القتل مثلاً فاذا كان المقتول برهيميا فلا بد من قتل الجاني . اما اذا كان من الطبقات الثلاث الأخرى ، فان القاتل يدفع عدد من الأبقار حسب الجهة التى ينتمى اليها .

يراجع فى هذا كله : بول فوربيه - حالة الضرورة فى قانون العقوبات ، ص ٤٩ رسالة بروكسل سنة ١٩٥٩ الاستاذ الدكتور أحمد محمد خليفة - النظرية العامة للتجريم رسالة القاهرة ١٩٥٩ ص ٦٨ - ٧٠ .

دبل يورانت : قصة الحضارة . ترجمة الدكتور زكى نجيب محمود ج ٣ ص ١٦٧ .

(١) قوانين مانو : المادة ١٦ من الكتاب الحادى عشر . مشار اليه فى بول فوربيه - المرجع السابق ص ٥٠ .

(٢) قوانين مانو ج ١١ ص ١١ مشار اليه فى فوربيه - المرجع السابق ص ٥٠ . ويراجع أيضاً ادوارد توفيق - المرجع السابق - ص ٣ .

(٣) قوانين مانو ١٠ - ١٥ فوربيه - المرجع السابق ص ٥٠ .

وهذا النص يمكن أن يمتد أثره الى الآخرين من الطبقات الثلاث •
فلئن كان مقصودا به البرهمنين فإن النص لم يشر الى ذلك صراحة مما
يجعل المجال متسعا لتطبيقه على الكشائر والفيزيا والشودرا أى يجوز
لهم قبول الهدايا المحرمة فى حالات الضرورة (١) •

(ج) اذا توقفت حياة البرهمى على تغيير فى مضمون الشهادة أمام
القضاء فإن ذلك يعتبر من حالات الضرورة التى تبرر هذا التغيير من أجل
انقاذ حياة البرهمى (٢) •

٤ - هذه بعض النصوص القانونية والدينية ، الواردة فى قانون
مانو الهندى ، والتى يستنتج منها أن حالة الضرورة كانت فى القانون
الهندى القديم واقعة محددة من حيث درجة الاضطراب الى الفعل
المرتكب • فهذا القانون اما أن يجعل الفعل المرتكب تحت ضغط الظروف
الاضطرارية فعلا محتما ، كما رأينا ذلك بالنسبة للشخص الذى يفتقد
الطعام ولا يجد شيئا يسد رمقه لمدة ثلاثة أيام • واما أن يجعله مباحا •

وقد بدا لى أن الشخص الذى لا يجد طعاما لمدة تقل عن ثلاثة أيام
فإن له أن يتناول من طعام غيره ما ينقذ به حياته وان لم يكن ذلك الفعل
واجبا عليه •

٥ - وهكذا أمكن القول بأن فى نصوص القانون الهندى القديم
ما يدل على أن حالة الضرورة من أسباب الاباحة لأنها - طبقا لهذه النصوص -
توجب الفعل فى ظروف معينة كما سبقت الاشارة ، وتبيحه فى ظروف
أخرى كما يبدو ذلك من النصوص التى تبيح بعض الأفعال المحرمة فى
حالة الضرورة عندما تكون هذه الأفعال لازمة للانقاذ ، اذ تصير مباحة
لمن يضطرون اليها ، وكما يقول النص « لا يرتكبون أى خطأ بل يكونون
أنقى من الماء والنار » •

(١) فوريه - المرجع السابق بند ٨٧ ص ٥٠ •

(٢) Marchand, l'état de nécessité en droit penal (Geneve 1901) P. 101.

ادوارد توفيق - المرجع السابق ص ٤ •

دبل يوارت - قصة الحضارة - المرجع السابق - ص ١٨٩ •

كما أن قانون مانو قد أشار الى شرط هام يجب توافره حتى تنتج حالة الضرورة أثرها من حيث اباحة الفعل ؛ فكثيرا ما يتكلم هذا القانون عن الضرورة الملحة ، الأمر الذى يستفاد منه أن القانون الهندى القديم يشترط فى الضرورة أن تكون ملحة ؛ ذلك أن ارتكاب المخالفة لا يباح الا من أجل الوقاية أو الانقاذ .

٢. - القانون الموسوى

٦ - القانون الموسوى قانون دينى . مصدره التوراه ، كتاب الله الذى أنزله على موسى عليه السلام . ومن مصادره أيضا الألواح . وهى المواعظ التى تلقاها موسى عليه السلام من الله تعالى فى الميقات (١) .

ومن المصادر الحالية للقانون الموسوى : التلمود والعهد القديم والميشنا والوصايا العشر وسفر التثنية وسفر الخروج .

وعلى أى حال كانت المصادر فإن فيها بعض التطبيقات التى لها صلة بحالة الضرورة . فعلى الرغم من أن المعانى القانونية التى فسرت على أساسها القوانين اليهودية القديمة كانت سرية جدا ودقيقة للغاية (٢) فإن التطبيقات تشير الى أن الضرورة تبرر ارتكاب بعض الجرائم التى لها صفة مقدسة . وكذلك بعض الجرائم العادية التى ليست لها هذه الصفة (٣) .

٧ - فمن تطبيقات حالات الضرورة التى تبرر ارتكاب جرائم مقدسة ما جاء فى الكتاب المقدس من أن صموئيل عقد محادثة بين داود والكاهن أخيمالك . وهذا نصها :

« فجاء داود الى نوب الى أخيمالك الكاهن . فاضطرب أخيمالك عند لقاء داود وقال له لماذا أنت وحدك وليس معك أحد . فقال داود لأخيمالك الكاهن : ان الملك أمرنى بشئ وقال لى لا يعلم أحد شيئا من الأمر الذى أرسلتك فيه وأمرتك به . وأما الغلمان فقد عينت لهم

(١) يقول الله تعالى : « وكتبنا له فى الألواح من كل شئ موعظة وتفصيلا لكل شئ » .

(٢) Paul Moriaud, Du délit ncessaire, et l'état de nécessité (٢) P. 52, thèse Genève 1889.

(٣) فوربيه - المرجع السابق - ص ٥١ .

الموضع الفلاني والآن فماذا يوجد تحت يدك . أعط خمس خبزات في يدى أو الموجود . فأجاب الكاهن داود وقال لا يوجد خبز محلل تحت يدى ولكن يوجد خبز مقدس . اذا كان العلمان قد حفظوا أنفسهم لا سيما من النساء . فأجاب داود الكاهن وقال : ان النساء قد منعت عنا منذ أمس وما قبله عند خروجى . وامتعة العلمان مقدسة وهو على نوع محلل واليوم أيضا يتقدس بالآنية . فأعطاه الكاهن (الخبز) المقدس لأنه لم يكن هناك خبز الا خبز الوجوه المرفوع أمام الرب . . (١) .

والمستفاد من هذا النص أن ضرورة الجوع تبرر تناول الخبز المقدس . الذى يحرم تناوله في الظروف العادية . وقد ساق بعض الشراح (٢) هذا النص على أنه من تطبيقات نظرية الضرورة في كتب اليهود . ولكن ليس في النص ما يفيد تحديد درجة الاضطرار أو ما يبين مداها .

٨ - أما التطبيقات الخاصة بالجرائم غير الدينية . وهى تلك التى تتعلق بحياة الناس بصفة عامة ، فقد وردت بشأنها نصوص قد يؤخذ منها أن الضرورة تبرر بعض الأفعال التى تعتبر محرمة في الظروف العادية .

ومن هذه النصوص ما جاء في الاصحاح الثالث والعشرين من سفر التثنية : « اذا دخلت كرم صاحبك فكل غنبا حسب شهوة نفسك شبعتك ولكن في وعائك لا تجعل » (٣) .

ومنها أيضا : « اذا دخلت زرع صاحبك فاقطف سنابل بيدك ولكن منجلا لا ترفع على زرع صاحبك » (٤) .

٩ - وقد استدل فوريه بهذين النصين على أن الضرورة تكون سببا في عدم العقاب بالكلية حيث اعتبرهما من تطبيقات الضرورة في القانون اليهودى . ولكننا نرى أنهما ليسا كذلك . فكل ما فيهما أنه

(١) الكتاب المقدس : صموئيل الاول : الاصحاح الحادى والعشرون المواد من ١ الى ٦ طبعة جمعية التوراة الامريكانية .

(٢) أشار الى هذا النص بالفرنسية بول فوريه في رسالته السابق الاشارة اليها ص ٥٢ - ٥٣ رقم ٩٣ .

(٣) سفر التثنية : الاصحاح الثالث والعشرين المادة (٢٤) .

(٤) سفر التثنية : الاصحاح الثالث والعشرين المادة (٢٥) .

١١ - وعلى ذلك فإن هذه النصوص ليس فيها ما يشير الى ضرورة بصفة خاصة ، وانما هي نصوص متعلقة بفكرة الاحسان التي تقضى بترك بعض الجيوب أو الفاكهة في الحقول والبساتين والحدائق بعد جنيها وذلك لما عساه أن يجده يتيم أو غريب أو أرملة .

ولهذا فاني غير متفق مع الأستاذ فورييه حينما قال : ان « قانون الضرورة هذا كان مبنيا على فكرة الاحسان » (١) .

ثم ساق هذه النصوص الثلاثة على اعتبار أنها من تطبيقات الضرورة وأن هذه الضرورة في نظره مبنية على فكرة الاحسان .

نعم ان هذه العبارات متعلقة بفكرة الاحسان ، وأيضا فان بعض أحكام الضرورة لها صلة بفكرة الاحسان .

ولكن هذه النصوص الثلاثة التي استشهد بها الأستاذ فورييه لا صلة لها اطلاقا بأحكام الضرورة وذلك بحسب ما يبدو من عبارة النصوص ذاتها .

أما مجرد التصور لاحتسالى وجود مضطر أو محتاج قد ينتفع بهذه الأشياء المتروكة ؛ فذلك تأويل لا يصح أن تبني عليه أسس نظرية هامة كنظرية الضرورة . فكل ما يستفاد من هذه النصوص أن صاحب المال يجب عليه أن يترك ما يتبقى - بعد الجمع أو الحصاد - لمن يكون في حاجة اليه . بل انه من المحتمل أن يأخذه من ليس في حاجة اليه وهناك احتمال ثالث هو أن يأخذ هذه الأشياء شخص يكون مضطرا اليها . وعلام نذهب بعيد والنصوص تقول : « للغريب واليتيم والأرملة » .

أما بعض أحكام الضرورة التي لها صلة بفكرة الاحسان والصدقة فهي حالات الضرورة القائمة بالغير ، نقول لها صلة بفكرة الاحسان ولا نقول مبنية على فكرة الاحسان ذلك لأن الضرورة القائمة بالغير قد توجب التدخل للانتقاذ في بعض الشرائع كما سنرى ذلك في حينه . اذن فهي متصلة بفكرة الاحسان وليست مبنية عليها لأن الصدقة أو الاحسان لا يرقيان الى درجة الوجوب .

يباح لمن يدخل كرم صاحبه أو زرعه أن يأكل منهما بيده دون استعمال آلة في القطف أو القطع ولا يحمل معه شيئاً فيقتصر على قدر حاجته الشخصية . فهذان النصان من تطبيقات الحاجة دون الضرورة .

١٠ - ويبدو أن البعض قد خلط بين نظرية الضرورة وبين فكرة الاحسان أو الصدقة في القانون اليهودي . وذلك عند شرح هذه النصوص التي تقول : « اذا حصدت حصيدك في حقلك ونسيت حزمة في الحقل فلا ترجع لتأخذها . للغريب واليتيم والأرملة تكون ؛ لكى يبارك الرب الهك في كل عمل يدك » (١) .

« واذا خبطت زيتونك فلا تراجع الأغصان وراءك . للغريب واليتيم والأرملة يكون » (٢) .

واذا قطفت كرمك فلا تعلله وراءك . للغريب واليتيم والأرملة يكون (٣) .

فالنص الأول يأمر صاحب الحقل بأنه عندما يحصد محصوله ويكون قد نسى شيئاً منه في حقله فلا يرجع ليأخذ هذا الشيء القليل وانما يجب عليه أن يتركه من أجل اليتيم والغريب والأرملة . فانه اذا فعل ذلك بارك الله له في كل أعماله » (٤) .

والنص الثانى يأمر صاحب الزيتون بأنه عندما يجمع زيتونه يجب عليه ألا تراجع الأغصان وراءه ويبحثها فرعاً بعد فرع ، بل عليه أن يترك ما قد يكون متبقياً وراءه للغريب واليتيم والأرملة (٥) .

والنص الثالث يأمر صاحب العنب بأنه عندما يجنى العنب من الكرم يجب عليه ألا يقطع الأغصان التي قد تكون باقية بعد ، وانما عليه أن يتركها للغريب واليتيم والأرملة (٦) .

(١) سفر التثنية الاصحاح الرابع والعشرون المادة ١٩ .

(٢) سفر التثنية الاصحاح الرابع والعشرون المادة ٢٠ .

(٣) سفر التثنية الاصحاح الرابع والعشرون المادة ٢١ .

(٤) فورييه - المرجع السابق - ص ٥٦ .

(٥) فورييه - المرجع السابق - ص ٥٥ .

(٦) فورييه - المرجع السابق - ص ٥٥ .

١٢ على أن النصوص الواردة في التلمود (١) ، تجد بعضها يقضى بعكس ما فهم من هذه النصوص الثلاثة الواردة في سفر التثنية ، بل أنه مناقض تماما لما تقضى به نظرية الضرورة بمعناها الحقيقي ... ومن ذلك النص الذى يقول :

« الشفقة ممنوعة بالنسبة للوثني فاذا رأيته واقعا في نهر أو مهددا بخطر فمحظور عليك أن تنقذه لأن الشعوب السبعة التى كانت في أرض كنعان المطلوب من اليهود قتلها لم تقتل عن آخرها ، بل هرب بعض أفرادها منها واختلطوا بباقي أمم الأرض ، ولذلك قال ميجانود : انه يجب قتل الأجنبي ، لأنه من المحتمل أن يكون من نسل هذه الشعوب السبعة . وعلى اليهودى أن يقتل من يتسكن من قتله . فاذا لم يفعل ذلك كان مخالفا للشرع » (٢) .

فأى احسان هذا الذى يقوم على قتل الأبرياء بدون ذنب ولا جرم ؟ وما هذا الاحسان الذى يحرم انقاذ الملهوف أو المهدد بالخطر ؟

وما هو الأثر العملى لتطبيق نظرية الضرورة ان لم يعمل بها في انقاذ المضطر من الهلاك وتخليصه من حالة الخطر التى تهدده ؟

وعلى ذلك فان هذا النص يتناقض تماما مع أحكام حالات الضرورة التى ينبغى أن تكون .

« أما النص الذى يقول : « لا تقتل » فقد فسره ميجانود بقوله : ان الله نهى عن قتل شخص من بنى اسرائيل (٣) .

(١) ليس التلمود « وثيقة دينية ولكنه وثيقة سياسية خطيرة صنعتها بعض الحاخامات اتباعا للخطة السرية الرهيبة التى دأبوا على اتباعها منذ آلاف السنين » .

التلمود شريعة اسرائيل . ترجمته ونشرته لجنة كتب سياسية - وهذه العبارة مدونة في مقدمة الترجمة ص ١ .

(٢) التلمود - المرجع السابق - ص ٤٢ .

(٣) المرجع السابق ص ٤٤ .

وهناك نصوص أخرى قد يتوهم انها من احكام الضرورة في حين انها على النقيض منها تماما . ومن أمثلة ذلك النص الذى يقول : مصرح للانسان ان يسلم نفسه للشهوات اذا لم يستطع مقاومتها بشرط ان يكون ذلك سرا . فهذا النص لا صلة له بالضرورة مطلقا . بل على العكس فانه

١٣ - من كل ما سبق ظهر لنا جليا أن كثيرا من النصوص التي ساقها بعض الشراح على أنها من تطبيقات نظرية ، ليست على التحقيق من أحكامها .

ولعل النص الذي يكاد يكون شبيها بأحكام الضرورة . هو ذلك النص الذي يقول « يستخفون بالسارق ، ولو سرق ليشبع نفسه وهو جوعان » (١) .

والشبه القائم بينه وبين أحكام الضرورة يتلخص في أن الجوع المهلك يبيح تناول قدرا من طعام الغير بدون اذنه أو حتى في غيابه . أما مجرد الجوع فانه لا يكفي لهذا التبرير . ولذلك قلنا انه يكاد يكون شبيها بأحكام الضرورة .

٣ - الضرورة في المسيحية

١٤ - توجد في المسيحية تطبيقات كثيرة لحالة الضرورة . فقد جاء في انجيل متى ما نصه : « ثم انصرف من هناك وجاء الى جمعهم واذا انسان يده يابسة فسألوه قائلين : هل يحل الابرء في السبت لكي يشتكوا عليه فقال لهم : أى انسان منكم يكون له خروف واحد فان سقط هذا في السبت في حفرة أفنا يمسكه ويقيمه . فالانسان كم هو

مخالف للفطرة الانسانية لانه يجعل الانسان عبدا لشهواته لا فرق بينه وبين البهائم . في حين ان الله عز وجل كرم الانسان وفضله على كثير من خلقه . وقد أشار فورييه الى النصوص الواردة في سفر التكوين الاصحاح ١٩ : المواد ٣٠ - ٣٧ واعتبروها تطبيقا دقيقا لنظرية الضرورة مبينا أن الفعل مخالفة استثنائية خطيرة ولكن على حد عبارته : الضرورة تصنع القانون : Nécessité faite loi

وقد أشار الدكتور ابراهيم زكي اختوخ الى ذلك أيضا في عبارة موجزة فقال : « وابعح للفتاة أن تضطجع مع أبيها خوفا من انعدام النسل على الأرض ، حالة الضرورة في قانون العقوبات ص ١٢ رسالة القاهرة ١٩٦٩ . وبقراءة هذه النصوص جيدا كما وردت في سفر التكوين ثبت لكل من يقرأها انه لا صلة لها بنظرية الضرورة . ولعل هذه النصوص وأمثالها قد نالها التحريف المشار اليه في قول الله تعالى : « يحرفون الكلم عن مواضعه » .

(٣) أمثال سليمان : الاصحاح السادس . المادة ٣٠ .

أفضل من الخروف • اذن يحل فعل الخير في السبوت • ثم قال للانسان :
مد يدك فمدها فعادت صحيحة كالأخرى » (١) •

١٥ - وهذا تطبيق سليم لنظرية الضرورة بمعناها الصحيح • فعلاج
المرضى أمر محتتم • لا سيما اذا كان مرضا خطيرا فيكون علاجه من قبل
الانقاذ من الخطر وذلك على الرغم من مخالفة بعض النصوص • وقد
وفق الله نبيه عيسى عليه السلام في الزام المعارضين واقتناعهم بهذا المثل
الذى ساقه اليهم في صيغة سؤال • وبطبيعة الحال ، فان الاجابة معروفة ،
حيث لا يتردد أحد في انقاذ ماله بالرغم من سبته • فمن باب أولى انقاذ
النفس الانسانية •

ومن هذه التطبيقات أيضا ما جاء في انجيل متى : « في ذلك الوقت
ذهب يسوع في السبت بين الزروع ، فجاع تلاميذه ، وابتدأوا يقطفون
سنابل ويأكلون • فالفريسيون لما نظروا قالوا له : هو ذا تلاميذك
يقطفون ما لا يحل فعله في السبت • فقال لهم : أما قرأتم ما فعله داود
حين جاع هو والذين معه كيف دخل بيت الله وأكل خبز التقدمة الذى
لم يحل أكله له ولا للذين معه بل للكهنة فقط » (٢) •

١٦ - وهكذا فان النصوص الواردة في التعاليم المسيحية قد قبلت
حالة الضرورة باعتبارها سببا يبيح بعض الأفعال التى تستحق اللوم في
الظروف العادية •

غير أن التعبير بالاباحة قد يكون فيه شئ من التجاوز • ولكن اذا
رجعنا الى النص الأول الخاص بالعلاج ادركنا أن الضرورة في ذلك
النص سبب للاباحة من غير شك • أما النص الثانى فهو الذى يحتمل
الاباحة والاعفاء من العقاب • ولكننا نميل الى ترجيح الاباحة لوجود
النص الأول •

(١) العهد الجديد انجيل متى - الاصحاح الثانى عشر المواد ٩ - ١٣
الكتاب المقدس ص ١٣) •

٤ - الضرورة في القانون الروماني

١٧ - لا يمكن الادعاء بوجود نظرية للضرورة في القانون الروماني . فذلك متعذر حتى ولو عن طريق استخلاصها من بعض النصوص (١) . ومع هذا فإن الرومان لم يضربوا صفحا عن حالة الضرورة (٢) . ذلك أن الحياة الانسانية ذاتها لا بد وأن تنشأ فيها ظروف اضطرارية تتضارب فيها المصالح مع القواعد القانونية القائمة (٣) .

ولهذا فإن القانون الروماني تضمن بعض تطبيقات لحالة الضرورة، فعند نقص المؤن أثناء السفر وقبل اتسام الرحلة يكون الطعام الموجود لدى بعض المسافرين مشتركا بينهم جميعا (٤) . وفي حالة نشوب حريق في أحد المنازل فإن مالك المنزل المجاور يستطيع أن يهدم جزءا من جدار المنزل المحترق من أجل أن يوقف انتشار الكارثة (٥) .

وإذا كان الطريق العام مغمورا بالمياه أو مسدودا فإن هذه الحالة تفرض على المالك المقيم بالشاطئ أن يقدم مبرا على أرضه المملوكة له حتى يتسكن الناس من المرور (٦) .

ويسكن القول بصفة عامة أن عدم العقاب عن جريئة الضرورة في القانون الروماني قد يكون راجعا الى أن ركن عدم المشروعية في الفعل المرتكب غير متوافر . وعلى هذا يصح القول بأن الضرورة كانت لدى

(١) «Dans le droit romain : on ne peut pas pretendre on degager une théorie concernant l'état de nécessité».

ادوارد توفيق المرجع السابق ص ٤ . بول فورييه - المرجع السابق ص ٥٩ حيث خصص فصلا لحالة الضرورة في القانون الروماني وقدم له بهذه العبارة :

«Absence d'une théorie general de l'état de nécessité».

(٢) فورييه - المرجع السابق - نفس الموضع .

(٣) Garraud. Droit penal francais 3 ed, t./er P. 695 No. 359.

(٤) فورييه - المرجع السابق - رقم ١٠٩ ص ٦٢ .

(٥) المرجع السابق - رقم ١١٨ ص ٦٩ . ادوارد توفيق - المرجع السابق ص ٤ .

(٦) فورييه - المرجع السابق - رقم ١٢٢ ص ٧٠ - ٧١ .

الرومان منشئة للحق أو سببا في وجوده (١) ومن يستعمل حقه لا يرتكب ظلما ولا يعتبر آثما (٢) . وقد يكون عدم العقاب في حالة الضرورة بسبب عدم توافر نية الغش ، أو انعدام النية الآثمة لدى الفاعل (٣) .

١٨ - والخلاصة أن القانون الروماني لم يضع نظرية عامة تحكم حالة الضرورة . ولكن وجدت فيه بعض تطبيقات لهذه الحالة . ومن خلال هذه التطبيقات القليلة أراد بعض الشراح أن يؤسس أحكام الضرورة في القانون الروماني على أساس أن هذه الحالة تنفي الجريمة . أو أن القصد الجنائي غير متوفر لدى مرتكب جريمة الضرورة .

(١) ، (٢) المرجع السابق - رقم ١٢٣ ص ٧١ . ادوارد توفيق -
المرجع السابق - ص ٥ .
(٣) المرجعان السابقان - نفس المواضع المشار إليها .

الفصل الثاني

في

نطاق نظرية الضرورة

١٩ - لنظرية الضرورة صلة كبرى بالضروريات الخمس الكلية التي تعتبر أهم المصالح التي جاءت الشريعة لحمايتها ، ومن ناحية أخرى فإن لهذه النظرية تطبيقات متعددة في سائر الفروع . وعلى ذلك فالبحث في هذا الفصل سيكون على الوجه التالي :

المبحث الأول : الضروريات الخمس الكلية ، المبحث الثاني : الضرورة في الفروع الأخرى .

المبحث الأول

الضروريات الخمس وصلتها بالضرورة

٢٠ - للأحكام الخاصة بالضروريات الكلية علاقة وثيقة بأحكام حالات الضرورة في الفقه الاسلامي ، وهذا لا ينفي أنها مرتبطة ارتباطا وثيقا بمعظم الأحكام الشرعية ، الا أن القواعد الخاصة بالجريمة والعقوبة وما يتعلق بهما من أسباب الإباحة وأسباب الاعفاء من العقاب - لها النصيب الأوفر في تلك العلاقة . ولعل أحكام حالات الضرورة تمتد جذورها الى القواعد الأصولية المترتبة على دراسة الضروريات وهذا هو السبب الذي من أجله خصصت هذا المبحث لدراسة الضروريات الكلية وما يتعلق بها من قواعد فرعية ، وبيان الصلة القائمة بينها وبين قواعد التجريم والعقاب بصفة عامة ، والصلة بينها وبين أحكام الضرورة بصفة خاصة .

٢١ - وترجع أهمية الضروريات الخمس الى أن هذه الأمور تمثل أهم المصالح التي تقوم عليها حياة الأفراد والجماعات (١) .

(١) كتب ابن القيم في هذا المعنى يقول : « ان الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة عن العدل الى الجور ، وعن الرحمة الى ضدها وعن المصلحة الى المفسدة وعن الحكمة الى العبث فليست من الشريعة وانما ادخلت فيها بالاقاويل ،

وقد حصر العلماء مصالح العباد في الضروريات والحاجيات والتحسينات فما ترك الشارع ضروريا ولا حاجيا ولا تحسينيا من غير أن يشرع حكما لتحقيقه وحفظه ، وما شرع حكما الا وهو يتعلق بواحد من هذه الثلاثة (١) .

ونظرا لأن عمود المصالح وأصلها انما هو الضروريات ، لذلك فقد صح القول بأن « الشريعة وضعت للمحافظة على الضروريات الخمس » (٢) ، وتبعاً لما سبقت الإشارة اليه من أن نظرية الضرورة انما هي - في جل أحوالها - لا تقوم الا مع الضروريات من المصالح ، لذلك فسوف يكون الكلام هنا مقصوراً على الضروريات وبالقدر الذي يتطلبه المقام .

فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه وظله في أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم أتم دلالة وأصدقها .
اعلام الموقعين ج ٢ ص ١٤ ، ١٥ طبع المكتبة التجارية ١٣٧٤هـ / ١٩٥٥ م .

(١) وبرهان انحصار مصالح العباد في الأمور الثلاثة الحسن والمشاهدة ، فكل فرد في هذه الدنيا لا تعدو مصالحه من أن تكون ضرورة أو حاجة أو تحسينية ومثل الفرد في ذلك المجتمع « فضيلة المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه الطبعة السابعة ص ٢٣٥ » .
وأما الدليل على أن الأحكام الشرعية مقصود بها تحصيل هذه الأمور فهو كما يقول الشاطبي - « استقراء الشريعة والنظر في أدلتها الكلية والجزئية وما أنطوت عليه من هذه الأمور العامة على حد الاستقراء المعنوي الذي لا يثبت بدليل خاص بل بأدلة منضاه بعضها إلى بعض مختلفة الأغراض بحيث ينتظم من مجموعها أمر واحد تجتمع عليه تلك الأدلة على حد ما ثبت عند العامة من جود حاتم وشجاعة على رضى الله عنه وما أشبه ذلك . فلم يعتمد الناس في إثبات قصد الشارع في هذه القواعد على دليل مخصوص بل حصل لهم ذلك من الظواهر والعموميات والمطلقات والمقيدات والجزئيات الخاصة في أعيان مختلفة ووقائع مختلفة في كل باب من أبواب الفقه وفي كل نوع من أنواعه حتى ألفوا أدلة الشريعة كلها دائرة على الحفاظ على تلك القواعد هذا مع ما ينضاف إلى ذلك من قرائن أحوال منقولة وغير منقولة » (الموافقات ج ٢ ص ٥١ طبعة المكتبة التجارية) .

(٢) الأستاذ محمد سلام مذكور . تاريخ التشريع الاسلامي ومصادره ص ١٥ ولسيادته أيضا مباحث الحكم عند الأصوليين ص ١٩٥ هامش (١) القاهرة ١٩٥٩ - مطبعة لجنة البيان العربي .

تعريف الضروريات :

٢٢- تعرف الأمور الضرورية بأنها : هي تلك الأمور التي « لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا » (١) بمعنى أن هذه الأمور تتوقف عليها حياة الناس في دنياهم ، ويتوقف عليها نجاتهم من العذاب في آخرهم ، بحيث : إذا فقدت هذه الأمور أو واحد منها فإنه يختل نظام الكون وتعم الفوضى ويكثر الفساد . هذا من الناحية العامة . أما من الناحية الخاصة ، فإن لكل فرد لوازمه الضرورية ، فإذا فقدت أو بعضها تعرضت حياته للخطر أو الهلاك ، وذلك ما توحى به كلمة « ضروريات » ، أى أمور يتحتّم وجودها ، والا لتعرض الفرد لخطر حقيقى يتهدده . غير أن هذا الخطر يتوقف مداه على حقيقة الأمر الضرورى الذى يتعرض للفقدان فينشأ الخطر تبعاً له .

ومن هنا نشأت الصلة بين الضرورة والضروريات ، فالضرورة تقوم في جوهرها - كما سيأتى تفصيلاً - على وجود الخطر الحال ، وهذا الخطر الحال لا ينشأ إلا إذا تعرض أحد هذه الأمور - أى الضروريات - إلى خطر التلف جزئياً أو إلى خطر الفقدان نهائياً .

اقسام الضروريات :

٢٣- والضروريات بالمعنى المتقدم ترجع إلى أمور خمسة هي :
١- الدين ٢- النفس ٣- العقل ٤- العرض (النسل) ٥- المال .
وحصر المقاصد الضرورية في هذه الأمور الخمسة ثابت بالاستقراء وذلك « بالنظر للواقع وعادات الملل والشرائع » (٢) .
أما الدين فالمراد منه في هذا المقام « مجموعة القواعد التى تنظم علاقة الناس بربهم » (٣) .

(١) المرجوم الشيخ خلاف - المرجع السابق ص ٢٣٦ . ويراجع أيضاً مذكور - المدخل للفقهاء الإسلامى ص ٢٥٦ طبعة ١٢٨٦هـ / ١٩٦٦م .
(٢) الموافقات ج ٢ هامش ص ١٠ .

(٣) ويعرف الدين بأنه « مجموعة العقائد والعبادات والأحكام والقوانين التى شرعها الله سبحانه وتعالى لتنظيم علاقة الناس بربهم وعلاقاتهم بعضهم ببعض ، وهو تعريف جامع إذ أنه يشمل الشريعة التى تعم الفقه وغيره . ولكننا فى هذا الصدد لو أخذنا بهذا التعريف لما كانت هناك حاجة إلى ذكر الضروريات الأخرى وهى النفس والعقل والعرض والمال لأنها

ولا شك أن الدين هو أهم الضروريات لأن الايمان بالله رب العالمين هو الدعامة الأساسية التي تقوم عليها الحضارات منذ عرف التاريخ الانسانى .

٢٤ - والنفس هي ثان تلك الأمور الضرورية التي تكفلت الأحكام الشرعية بحفظها وبقائها . وقد جاءت في المرتبة التالية للدين اذ لا شيء أعز على الانسان من نفسه بعد دينه (١) ان كان كامل الايمان .

وقد شرع الاسلام والقواعد الخاصة ببقاء النوع الانسانى مراعاة للنفس من جانب الوجود وهذه القواعد تتمثل فى أحكام الزواج الذى شرعه الله « للتوالد والتناسل وبقاء النوع على أكمل وجوه البقاء » . وأما ما شرعه الله تعالى لحفظ النفس وكفالة حياتها فيتلخص فيما أوجبه على الانسان من أن يتناول ما يقيم أوده من ضرورى الطعام والشراب فان تعرضت نفسه لخطر الجوع أو العطش خطرا من شأنه أن يهدد النفس فى بقاءها جاز للانسان بل وجب عليه (٢) أن ينقذ نفسه ولو من طعام محرم بأن كان غير مملوك له أو محرما بأى وجه من وجوه التحريم ما دامت حياته متوقفة عليه .

ومن هنا نلاحظ الارتباط الكامل بين الضروريات ونظرية الضرورة ، فقد جاءت هذه النظرية للانتقاذ من الخطر المحدق الذى يحل عندما تتعرض الضروريات الخمس أو واحدة منها لخطر فقدان أو النقصان .

تكون مندرجة فى معنى الدين ، اذ انه سيتناولها حتما وعلى ذلك لا يقال عن الضروريات أنها خمس وإنما يقال ليس هناك سوى ضرورى واحد هو الدين الذى ينظم للناس جميع العلاقات .

أما وان الأصوليين قد قرروا تقسيم الضروريات الى خمسة أمور فانه يجب على هذا الاعتبار فقط أن يفهم الدين - هنا - على أنه مجموعة القواعد التى تنظم علاقة الناس بربهم أما ما يتعلق بعلاقات الافراد بعضهم ببعض فقد تكفلت الشريعة ببيانها ضمن الأحكام التى قررتها لحفظ النفس والعقل والعرض والمال . وليس معنى ذلك اننا لا نأخذ بالتعريف الجامع بل انه هو التعريف المسلم به لكنه غير مقصود فى هذا المقام اذ انه من العموم بحيث لا يجعل هناك فائدة من ذكر باقى الضروريات هنا .

(١) المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف - المرجع السابق - ص ٢٣٨ .

(٢) على ما رآه جمهور الفقهاء كما سيأتى تفصيله فى موضعه .

فمن تعرضت نفسه لخطر الموت وجب عليه اتقاها بكل وسيلة من شأنها أن تحول دون النفس ودون الخطر الذي يهددها ، وهذا ما تقضى به نظرية الضرورة التي هي موضوع البحث تفصيلا .

٢٥ - والعقل هو الجوهرة التي أودعها الله سبحانه في الانسان ، وجعلها أمانة في عنقه فأمره لذلك أن يحافظ عليها ويصونها من كل ما يؤثر فيها بضعف أو خلل ، فان هو حاول أن يعيث بتلك الأمانة فقد استحق أن يعاقب بما يدفع عبثه ويردع غيره .

والعرض هو الأمر الرابع من الأمور الضرورية المحتتم حفظها وصيانتها حتى تستقيم حياة البشر ويستقر نظام العيش الكريم لهم فالعرض لا يقدر بشئ ، اذ شرف الانسان وكرامته في عرضه (١) لذلك حرص الاسلام على وضع القيود وحد الحدود التي من شأنها أن تجعل أعراض الناس في مأمن من عبث العابثين وألسنة المفتريين .

والمال عامل خطير في حياة الفرد والجماعة . ولذا فقد نهى الشرع الحنيف عن تضييع المال واتلافه من غير مبرر ، كما حرم الله تعالى أكل أموال الناس بالباطل يقول الله سبحانه : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » (٢) .

واذا ما توقف حفظ المال الكثير على اتلاف شيء قليل منه فان الشريعة تبيح ذلك . وهذا تطبيق لنظرية الضرورة ، ذلك أن اتلاف المال قليله أو كثيره محظور شرعا ، ولكن لما كانت الضرورات تبيح المحظورات ، فان ضرورة المحافظة على المال الكثير تبيح اتلاف المال التافه أو القليل في سبيل المحافظة على ما هو أهم منه .

٢٦ - وهكذا فان أحكام حالات الضرورة لم تنشأ ولم تتقرر الا حماية للمصالح الجوهرية للعباد التي تتركز في الضروريات الخمس ، ذلك أن الشارع الحكيم قد « كفل حفظ الضروريات كلها بأن أباح المحظورات للضرورات » (٣) . فجميع الأحكام الشرعية المتعلقة بهذه

(١) يعبر - أحيانا - عن هذا الضروري بالنسل . ولكني آثرت التعبير عنه بالعرض لأن النسل داخل في الأمر الثاني وهو حفظ النفس ببقاء النوع الانساني عن طريق التناسل والتوالد .

(٢) سورة النساء الآية رقم « ٢٩ » .

(٣) الشيخ عبد الوهاب خلاف - المرجع السابق - ص ٢٣٨ .

الأمر الضرورية تعتبر بمثابة العمود الفقري بالنسبة لبقية الأحكام الأخرى في الشريعة الغراء .

وهذه الأحكام الأخرى اما أن تكون متعلقة بأمر حاجية، أو بأمر تحسينية . أما الأمور الحاجية فهي تلك الأمور التي يحتاج إليها الناس لرفع الحرج ودفع المشقة عنهم . بمعنى أن الناس يفتقرون « إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدى في الغالب الى الحرج والمشقة اللاحقة بفوات المطلوب ، فإذا لم تراعى دخل على المكلفين - على الجملة - الحرج والمشقة ولكن لا يبلغ مبلغ الفساد في المصالح العامة (١) » .

أما الأمور التحسينية فهي تلك الأمور التي تقتضيها المروءة والآداب وسير الأمور على أقوم منهاج (٢) فالتحسينات على هذا من كماليات الأمور التي لا يترتب على فقدانها تلف أو هلاك (٣) كما لا ينشأ عن فواتها حرج ولا مشقة (٤) وانما كل ما يترتب على فقدانها أن تصبح حياة الناس غير مستحسنة عند ذوي العقول السليمة والفطر القوية .

ويمكن القول بناء على هذا بأن الأحكام الحاجية والتحسينية انما هي تابعة للأحكام الضرورية ومكملة لها باعتبار أن الأخيرة هي الأصل وأن الأولين يعتبران كالفرع مع الأصل أو كالصفة مع الموصوف .

٢٧ - وعلى ذلك : ان تعارض حكم من الأحكام المتعلقة بالحاجيات أو التحسينيات مع حكم شرع للمحافظة على الضروريات فانه يجب اهدار الأول مراعاة للثاني « (١) فمثلا : رغم ما في الفرائض والواجبات الشرعية من مشقات على المكلفين فانهم - في الظروف العادية - ملزمون بالقيام بها مع ما فيها من كلفة ومشقة وذلك محافظة على الأحكام الضرورية المتعلقة بالدين . كما لا يراعى حكم تحسيني اذا كانت مراعاته مفضية الى الاخلال بحكم ضروري أو حاجي (١) . فمثلا ستر العورة حكم تحسيني نصت عليه الشريعة لأنه من محاسن الأخلاق ، فجعلت ستر العورة شرطا

(١) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ١٠ - ١١ .

(٢) المرجع السابق - نفس الموضع .

(٣) فالأمور الضرورية هي التي يترتب على فقدانها الهلاك أو التلف .

(٤) والأمور الحاجية هي التي ينشأ عن فقدانها حرج وضيق .

(٥) الشيخ خلاف - المرجع السابق - ص ٢٤٤ .

(٦) المرجع السابق - نفس الموضع .

لصحة الصلاة وجرمت النظر الى العورة على أى حال • ولكنها مع ذلك أهدرت هذا الحكم فأباح كشف العورة متى كان لازماً لكشف طبي أو لعملية جراحية ، لأن ستر العورة تحسینی والعلاج ضرورى للمحافظة على النفس ، وذلك بلا ريب من تطبيقات نظرية الضرورة ، لأن الاضطراب الى العلاج محافظة على النفس أباح المحظور الذى هو كشف العورة ؛ والضرورات تبيح المحظورات •

٢٨ - ومن ناحية أخرى فان الضروريات الخمس ذاتها ليست كلها فى درجة واحدة •

فالدين أول هذه الضروريات وأهمها • وتليه النفس فالعرض فالعقل ثم المال على هذا الترتيب ، ومعنى ذلك أن الأحكام الضرورية يجب مراعاتها ولا يجوز الإخلال بها « الا اذا كانت مراعاة ضرورى تؤدي الى الإخلال بضرورى أهم منه » (٣) •

ومن هنا نشأت نظرية الضرورة ، فالتعارض بين المصالح يوجب الموازنة بينها ، فان ثبت أن احداها أهم من الأخرى لزم اهدار المهم محافظة على الأهم ، فاذا تعارضت مصلحة ضرورية مع مصلحة ضرورية أخرى فانه يجب مراعاة كل منهما بقدر الامكان ، فان حتمت الظروف اهدار احدهما ولا بد وجب النظر فى كل منهما وتقديم احدهما على الأخرى حسب الترتيب السابق •

ومن أجل ذلك كتب الله على الأمة القتال - رغم أنه كره لها - اذ هو فى ظاهر أمره سيؤدى الى قتل بعض الأنفس لا محالة ولكنه فى حقيقته اقامة لدين الله واعلاء لكلمتهم وحفظ لشأوته • وأباح الشارع الحكيم شرب الخمر مثلاً لمن أكره على شربها أو اضطر اليها لدفع خطر حال من مرض خطير أو ظمأ متلف • وذلك رغم تحريمها بالنص حفظاً للعقل • غير أنه بالنظر الى أن حفظ النفس أهم من حفظ العقل أبيع شرب القدر اللازم منها لدفع هذه الضرورة الملحة •

كما أن الله عز وجل حرم على عباده المؤمنين تناول الميتة والدم ولحم الخنزير لما فى هذه المحرمات من أضرار بصحة أبدانهم ، ولكن

لما كانت ضرورة المحافظة على الأرواح أكثر من ضرورة المحافظة على صحة الأبدان أباح الله برحمته تناول بعض هذه المحظورات حفظا للنفس من الهلاك .

صلة الضروريات بالجريمة والعقوبة (١) :

٢٩ - من أجل الضروريات الخمس الكلية فرضت الحدود (٢) ومن أجل هذه الضروريات وحدها فرضت العقوبات الأخرى مثل الديات (٣) والكفارات (٤) ، وأحكام القصاص (٥) في سائر الجنايات على الانفس .

فأحكام الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي مقصود بها صيانة تلك الأمور الخمسة . بل ان سائر الشرائع - من وضعية وسماوية - ليس لها من مقصد سوى المحافظة على ضروريات الناس ، وما يكمل هذه الضروريات .

فكل اعتداء على هذه الأمور يكون جريمة معينة لها عقوبتها التي تتناسب مع الضرر الناجم عنها والتي تكفي لردع مرتكبها ، وزجر من تسول له نفسه اقترافها .

فالاعتداء على الدين هو أقبح الأفعال وأعظمها جرما ، وله صور متعددة منها : جريمة الردة ، وهي الكفر بعد الايمان وقد وضعت الشريعة لهذه الجريمة أشد العقوبات .

(١) الجريمة هي محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير (الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٩٢ طبعة السعادة) . والعقوبة هي الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع (التشريع الجنائي الاسلامي للأستاذ المرحوم عبد القادر عودة ج ١ ص ٦٠٩ .
(٢) الحد : هو العقوبة المقررة حقا لله عز وجل « فتح القدير ج ٤ ص ١١٣ - ١١٣ طبع المكتبة التجارية . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣ - ٦٥ الطبعة الاولى سنة ١٩١٠ م .

(٣) الدية : هو المال الذي يؤديه الجارح أو القاتل الى الجريح أو الى ورثة القتل عوضا عن الدم المهدر . رسالة الدكتور على صادق أبو هيف .
الدية في الشريعة الاسلامية وتطبيقها في قوانين وعادات مصر الحديثة ، رسالة باريس سنة ١٩٣٢ م . الترجمة العربية ص ٢٦ .

(٤) الكفارة : اسم للفعل التي من شأنها أن تكفر الخطيئة ، أي تسترّها أو تمحوها « صفوة البيان لمعانى القرآن ج ١ ص ٢٠٤ .
(٥) القصاص : هو ان يعاقب المجرم بمثله فيقتل كما قتل ، ويجرح كما جرح .

والاعتداء على النفس يتمثل في عدة جرائم هي : جرائم القتل والضرب والجرح • وقد وضعت الشريعة لكل جريمة عقوبتها •

والاعتداء على المال تتكون منه جرائم معينة مثل السرقة والغش والربا • وهناك جرائم العرض مثل الزنا والقذف وهي في كل صورها اعتداء على العرض •

وهكذا « فالجرائم اعتداء على تلك المصالح التي جاءت الشريعة لحمايتها » واذن « فلا بد من عقاب رادع يمنع الأثيم من أن يستمر في اثمه وغيه ، وانك لتجد كل عقوبة مقررة في الاسلام سواء أكانت شديدة أم كانت غير ذلك انما هي لحماية الجماعة من أى تعرض للفساد » (١) •

ولما كانت الضروريات الخمس الكلية هي الأصل بالنسبة لكل مصالح العباد • وان نظرية الضرورة قد نشأت من أجل المحافظة على هذه المصالح عند تعارضها مع الأحكام الأخرى ، أو عند تعارض الضروريات بعضها مع بعض ، فانه يلزم لذلك الإشارة الى بعض مواضع الضرورة في المواد غير الجنائية التي يظهر فيها شيء من هذا التعارض ، وهو ما خصصت له المبحث الثاني من هذا الفصل •

المبحث الثاني

الضرورة في المواد غير الجنائية

٣٠ - لنظرية الضرورة تطبيقات متعددة في معظم الفروع الفقهية الأخرى فلها تطبيقات في العبادات وفي المعاملات ، كما أن لها تطبيقات كثيرة في فروع القانون المختلفة •

(١) الضرورة في العبادات

٣١ - للضرورة تطبيقات كثيرة في أبواب العبادات ، ففي كتاب الطهارة نجد أحكاما كثيرة بنيت على أساس نظرية الضرورة وفي كتاب الصلاة ذكر الفقهاء تطبيقات غير قليلة للضرورة • وكثير من أحكام الصوم انبتت على قيام حالة الاضطرار لدى الصائم أو لدى غيره ، ولم يخل كتاب الحج من تطبيقات عديدة لنظرية الضرورة ، ونص الفقهاء

(١) استاذنا فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة - الجريمة والعقوبة - القسم العام ج ١ ص ٢٠ - ٢١ •

على التذكية الاضطرارية في كتاب الذكاة كما أن في كتاب الايمان تطبيقات للضرورة لها أهميتها .

١ - تطبيقات الضرورة في كتاب الطهارة :

٣٢ - الضرورة في كتاب الطهارة اما أن تتعلق بطهارة الخبث التي هي عبارة عن ازالة النجاسة عن الثوب والبدن والمكان وتطبيق الضرورة في هذا المجال يتمثل فيما نص عليه الفقهاء ووضعوا له قاعدة أسموها «العفو عما لا يمكن التحرز عنه » واما أن تتعلق بطهارة الحدث وهي ما افترضه الله على عباده من وضوء وغسل . وتطبيق نظرية الضرورة في هذا المجال يتمثل في الأحوال التي يكون فيها استعمال الماء ضارا بالجسم فيكتفى بالطهارة الذاتية أو طهارة الضرورة وهي التيمم » .

العفو عما لا يمكن التحرز عنه :

٣٣ - نص الفقهاء على مسائل فرعية مختلفة تطبيقا لقاعدة العفو عما لايسكن التحرز عنه من النجاسات الخفيفة والتي يشق على المكلفين مطالبتهم بازالتها ، وأصل هذه القاعدة قوله تعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج » وقوله تعالى « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » . وتقصيل القول في هذه المسائل يخرجنا عن الموضوع ، وانما تكفينا الاشارة هنا الى القاعدة العامة . واستقصاء هذه المسائل الفرعية يرجع اليه في مواضعه من كتب الفقه (١) .

(١) في الفقه الحنفى يراجع الهداية مع فتح القدير ج ١ ص ٦٨ - ٩٩ طبعة ١٣١٥ هـ .

وفي الفقه المالكي يراجع : الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج ١ ص ٧١ - ٧٨ طبع المكتبة التجارية طبعة ١٣٥٥ هـ .

وفي الفقه الشافعى : الأم للامام الشافعى ج ١ ص ٣٩ - ٤٣ طبعة الشعب .

وفي الفقه الحنبلى : المنى لابن قدامه الجزء الأول .

وفي الفقه الظاهرى : المحلى ج ١ ص ١٩١ طبعة منير الدمشقى .

وفي فقه الشيعة الزيدية : البحر الزخار ج ١ ص ٢٢ - ٢٣ طبعة ١٣٦٦ هـ / ١٩٤٧ م .

وفي فقه الشيعة الامامية : المختصر النافع ص ٤٣ طبعة ثانية أوقاف .

وفي فقه الاباضية : شرح النيل وشفاء العليل ج ١ ص ٣٢ و ص ٣٣ و ص ٢٦٥ .

(م ٣ نظرية الضرورة في الفقه الجنائى)

طهارة الضرورة :

٣٤ - يطلق بعض الفقهاء على التيمم عبارة طهارة الضرورة (١) لأن هذا النوع من أنواع الطهارة يلجأ إليه عند الضرورة . ويلحق بالتيمم المسح على الجبائر .

التيمم :

٣٥ - يعرف بعض الفقهاء التيمم بأنه طهارة ترايبية ضرورية ، تعمل لضرورة كالمرض وفقد الماء ومانع منه كسبع وعدو ... ويقول بعضهم في معنى هذا التعريف : انه بيان « للواقع من أن التيمم مختص بالضرورة » (٢) .

ومن هذا التعريف يمكن بيان الصلة بين الضرورة وبين التيمم فقد شرع الله عز وجل التيمم لمن فقد الماء ، أو كان مريضا مرضا يؤثر الماء فيه بزيادة في المرض أو تأخر في الشفاء ويلحق بحالة المريض هذه ؛ حالة الصحيح اذا خشى على نفسه حدوث المرض من استعمال الماء - بشرط أن يظن حدوث المرض ظنا راجحا - كما شرع التيمم لمن حال دونه ودون الماء خطر داهم لا قبل له به كعدو ظالم أو سبع أو حريق أو ما شاكل ذلك (٣) .

ويلاحظ أخيرا أن بعض المذاهب نصت على وجوب التيمم وحرمة استعمال الماء اذا خشى على نفسه الهلاك من استعماله (٤) .

-
- (١) شرح النيل وشفاء العليل ج ١ ص ٢١١ .
(٢) يراجع هذا التعريف وشرحه : شرح النيل وشفاء العليل - ج ١ ص ٢١١ وما بعدها .
(٣) فتح القدير مع الهداية ج ١ ص ٨٥ - ٨٦ .
الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج ١ ص ١٤٨ .
البحر الزخار ج ١ ص ١١٣ - ١١٦ .
المختصر النافع ص ٤٠ .
المحلى ج ١ ص ١١٦ و ص ١٢٢ و ص ١٣٤ .
شرح النيل ج ١ ص ٢١٨ - ٢٢١ .
(٤) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه - ج ١ ص ١٥٠ .
البحر الزخار ج ١ ص ١١٤ .

المسح على الجبائر :

٣٦ - الأصل في الوضوء والغسل أن يغسل العضو بالماء ، ولكن لما كان غسل العضو المصاب يؤدي الى الاضرار به فقد شرع الاسلام أن يمسح على هذا العضو المجبر أو المعصوب ؛ وذلك رحمة من الشارع وتخفيفا على العباد (١) في أن جعل المسح مكان الغسل للعضو المجبر لمكان الضرورة (٢) .

فقد أخرج أبو داود عن جابر قال : خرجنا في سفر فأصاب رجلا معنا حجر فشججه في رأسه فاحتلم فسأل أصحابه هل تجدون لى رخصة في التيمم ؟ قالوا ما نجد لك رخصة وأنت تقدر على الماء فاغتسل فمات فلما قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبر بذلك قال : قتلوه قتلهم الله ألا سألوا إذا لم يعلموا ؟ فانما شفاء العي السؤال • انما كان يكفيه أن يتيمم ويعصر أو يعصب على جرحه خرقة ثم يمسح عليها ويغسل سائر جسده (٣) .

٢ - تطبيقات الضرورة في كتاب الصلاة :

٣٧ - تطبيقات الضرورة في كتاب الصلاة منها ما يتعلق بوقت الصلاة ومنها ما يتعلق بكيفيتها .

فما يتعلق بوقت الصلاة يمكن تلخيصه فيما قرره جمهور الفقهاء من أن وقت الصلاة اما وقت اختياري واما وقت ضروري أو اضطراري • وتتسلل الضرورة هنا في بعض الأعذار المانعة من أداء الصلاة في وقتها الاختياري مما يؤدي الى القول بأن المضطر الذي يصلى في وقت الاضطرار غير مؤاخذ على هذا التأخير ، بل ان صلاته في هذا الوقت تعتبر أداء لا قضاء (٤) .

(١) الهداية وفتح الفدير ج ١ ص ١٠٩ - ١١٠ - الشرح الكبير للدردير ج ١ ص ١٦٢ - ١٦٤ . المختصر النافع ص ٣٠ .

(٢) الروض النضر ج ١ ص ٣٠٦ طبعة ١٣٤٧ هـ .

(٣) سنن أبي داود ج ١ ص ٩٣ الحديث رقم ٣٣٦ .

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ١ ص ١٨١ - ١٨٤ تحفة المحتاج ج ١ ص ٤٣١ و ٤٥٤ - ٤٥٥ المنتزع المختار ج ١ ص ٢٠٧ - ٢٠٩ طبعة ١٣٢٢ هـ - مفتاح الكرامة ج ٢ ص ١٣ - ٣٠ طبعة ١٣٢٣ هـ .

وأما تطبيقات الضرورة المتعلقة بكيفية الصلاة فيمكن الاختصار على صورتين هامتين منها : الصورة الأولى : صلاة الخوف والصورة الثانية صلاة العليل .

صلاة الخوف :

٣٨ - يقول الله تعالى « وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة فلتقم طائفة منهم معك وليأخذوا أسلحتهم فإذا سجدوا فليكونوا من وراءكم ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك وليأخذوا حذرهم وأسلحتهم ود الذين كفروا لو تغفلون عن أسلحتكم وأمتعتكم فيميلون عليكم ميلة واحدة ولا جناح عليكم إن كان بكم أذى من مطر أو كنتم مرضى أن تضعوا أسلحتكم وخذوا حذركم إن الله أعد للكافرين عذابا مهينا » (١) .

ويقول بعض المفسرين في معنى هذه الآية انها « بيان كيفية قصر الصلاة عند الضرورة » (٢) ، وقد أمر الله نبيه عليه الصلاة والسلام أن يجعل المجاهدين طائفتين طائفة تصلى معه ، أما الطائفة الأخرى فانها تقف تجاه العدو على أهبة الاستعداد . فإذا أتمت الطائفة الأولى ركعة مع النبي صلى الله عليه وسلم أتى كل فرد بركعة أخرى بمفرده ثم يتشهد ويسلم . والنبي عليه الصلاة والسلام ينتظر في صلاته لتأتي بعد ذلك الطائفة الأخرى لتدرك مع النبي صلى الله عليه وسلم الركعة الثانية . وأثناء صلاة الفئة الأولى تكون الفئة الثانية في مقابلة العدو للحراسة والاستعداد . وفي أثناء صلاة الفئة الثانية تكون الفئة الأولى قد استلمت مواقعها في مواجهة العدو . وهذه الصلاة خاصة بحالة خوف الهجوم المتوقع من العدو في أية لحظة . وكيفية صلاة الخوف هذه مبينة تفصيلا في كتب الفقه (٣) .

(١) سورة النساء الآية رقم « ١٠٢ » .

(٢) صفوة البيان لمعانى القرآن ج ١ ص ١٦٦ .

(٣) فتح القدير ج ١ ص ٤٤١ - ٤٤٥ طبعة ١٣١٥ هـ والهداية وشرح العناية وحاشية سعدى جلى بنفس الصفحات . شرح الخرشى وحاشية العدوى ج ١ ص ٤٤٧ - ٤٥٠ طبعة ١٣١٦ هـ . شرح الزرقانى ج ٢ ص ٦٧ . وحاشية البنانى عليه . معنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج ج ١ ص ٣٠١ - ٣٠٤ طبعة ١٣٥٤ هـ . شرح منتهى الارادات ج ١ ص ٢٨٩ طبعة ١٣٦٦ هـ . البحر الزخار ج ٢ ص ٤٨ - ٤٩ .

ولعل الصلاة التالية هي التي تعتبر التطبيق الدقيق لنظرية الضرورة في كتاب الصلاة ؛ تلك هي صورة صلاة شدة الخوف .

صلاة شدة الخوف :

٣٩ — المراد بصلاة شدة الخوف : الصلاة في حالة الاشتباك المسلح مع العدو . ولذلك فقد سماها بعض الفقهاء صلاة المساينة (١) وسماها البعض الآخر صلاة المطاردة (٢) ، وصلاة الموافقة (٣) .

وفي ذلك يقول الله عز وجل : « حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى وقوموا الله قانتين فان خفتهم فرجالا أو ركبانا فاذا أمنتهم فاذكروا الله كما علمكم ما لم تكونوا تعلمون » (٤) .

فالله عز وجل فرض الصلاة وجعلها على المؤمنين « كتابا موقوتا » ، أى تتجدد فرضيتها مع تجدد الوقت ، فهي قائمة دائمة مفروضة في كل يوم خمس مرات حتى يرث الله الأرض ، ن عليها . وهو سبحانه يأمر المؤمنين بالمحافظة على الصلوات وخصر الصلاة الوسطى بالذكر الأهميتها ثم بين عز وجل أن المؤمنين مطالبون بأداء الصلاة حتى في أحلك الظروف وأشد الأزمات فقال جلت حكمته « فان خفتهم فرجالا أو ركبانا » . أى فان

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ١ ص ٣٩٤ . وانبهر الزخار ج ٢ ص ٥٣ .

(٢) من لا يحضره الفقيه ص ١٢٢ طبعة ١٣٧٦ هـ .

(٣) المرجع السابق نفس الموضع .

(٤) سورة البقرة الآيتان « ٢٣٨ — ٢٣٩ » . والصلاة الوسطى : قيل أنها صلاة العصر وقد رجح ذلك بعض المفسرين لتوسطها بين الصلوات الخمس والحديث « من فاتته صلاة العصر فقد وتر أهله وماله أى فقد أهله وماله لفواته خير عظيم وهناك رأى بأنها صلاة الفجر يؤيده قوله تعالى : « ان قرآن الفجر كان مشهودا » وقوله عليه الصلاة والسلام ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها ، (راجع في ذلك مبادئ الفقه الاسلامي للمؤلف ص ١٠٥ — ١٠٧ طبعة ١٣٩٩ هـ) .

(قانتين) مطيعين لله وخاضعين . (رجالا) : جمع راجل وهو القوى على المشي برجليه (ركبانا) راكبين على ركائبكم .

يراجع : تفسير القرآن العظيم ج ١ ص ٢٩٠ وما بعدها للجافظ عماد الدين أبى الفداء اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤ هـ . تفسير القاسمي : المسمى محاسن التأويل ج ٣ ص ٦٢٢ طبعة الحلبي صفوة البيان لمعانى القرآن ج ١ ص ٧٩ .

خفتم العدو في حال المقاتلة في الحرب (١) فصلوا رجالاً أى مشاة أو ركباناً أى راكبين في البر أو في الجو أو في البحر ، بمعنى أنكم أيها المؤمنون مطالبون بأقامة الصلاة والمحافظة عليها حتى في حالة الاشتباك المسلح بينكم وبين عدوكم ، لأن تأخير الصلاة عن وقتها خطر عظيم وخسران مبین . اذ كيف يحاربون في سبيل الله ثم يقطعون في نفس الوقت صلتهم بالله الذي لا نصر الا من عنده ، قال تعالى : « وما النصر الا من عند الله ان الله عزيز حكيم » (٢) ومما لاشك فيه أن تأخير الصلاة عن وقتها معصية ، وقد ورد عن عمر بن الخطاب (٣) في وصيته لسعد بن أبى وقاص (٤) رضى الله عنهما أنه قال : « واعلم يا سعد اننا ينصر المسلمون بمعصية عدوهم لله . فاذا عصيتهم الله فقد تساويتهم مع العدو في المعصية فيتفوق عليكم في العدد والعدة » .

٤٠ - وحيث ان تأخير الصلاة عن وقتها معصية وللمعصية هذا الأثر الخطير في هزيمة المحاربين من المسلمين فان الفقهاء يؤكدون أنه لا يجوز للمؤمنين تأخير الصلاة حتى ولو كانوا مشتبكين مع عدوهم في القتال (٥) ، وفي هذا يقول ابن حزم (٦) : « اما تأخيرها عن وقتها فلا يحل البتة لأنه لم يسمح الله تعالى في تأخيرها ولا رسوله صلى الله عليه وسلم » (٧) .

(١) صفوة البيان لمعانى القرآن ج ١ ص ٧٩ .

(٢) سورة الأنفال الآية رقم (١٠) .

(٣) هو : عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي ابو حفص ثاني الخلفاء الراشدين وأول من لقب بأمير المؤمنين ، مضرب المثل في العدل ، كان في الجاهلية من أبطال قريش وأشرافهم . أسلم قبل الهجرة بخمس سنين وشهد الوقائع وكانت له تجارة بين الشام والحجاز . بويع بالخلافة بعد وفاة أبى بكر بعهد منه .

(٤) هو سعد بن أبى مالك ابى وقاص صحابى جليل من السابقين في الاسلام وهو من العشرة المبشرين بالجنة توفي سنة ٥٥ هـ .

(٥) اسنى المطالب ج ١ ص ٢٧٣ المحلى ج ٥ ص ٣٥ .

(٦) على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد . عالم الاندلس في عصره ولد بقرطبة كانت ولأبيه من قبله رئاسة الوزارة وتدير المملكة فزهد بها وانصرف الى العلم والتأليف وكان يستنبط الاحكام من الكتاب والسنة . انتقد كثيراً من الفقهاء . توفي بالاندلس ٥٦٦ هـ . وله في الفقه كتاب المحلى وفي الأصول الاحكام .

(٧) المحلى ج ٥ ص ٣٥ .

٤١ - ولكن كيف يؤدون الصلاة ، وهم في تلك الحال منشغلون بمقاتلة عدوهم؟ في حين أن الصلاة تتطلب شروطا مخصوصة ، واتجاهها معيناً واستعدادا خاصا . وذلك كله غير ممكن على الإطلاق والا لتعرضوا للقتل والدمار .

هنا تتجلى رحمة الله بعباده فهو سبحانه القائل : « فان خفتم فرجالا أو ركبانا » .

أما عن الوضوء أو الغسل فيغنى عنها التيمم ولو على السلاح (١) .
وأما عن كيفية الصلاة فانها تصح على أيسر ما يمكن للمقاتل : فيصلى ولو الى غير جهة القبلة (٢) فعن ابن عمر (٣) رضى الله عنهما في تفسير الآية المشار اليها : مستقبل القبلة أو غير مستقبلها قال نافع (٤) : لا أراه الا مرفوعا ، رواه البخارى (٥) . بل قال الشافعى (٦) : ان ابن عمر رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم فلا يجب الاستقبال حتى في الاحرام ولا الركوع ولا السجود ، بل ولا يجب وضع الجبهة على الأرض لما في تكليفه ذلك من تعرضه للهلاك (٧) .

(١) لأنه لا يخلو من غبار فوقه « من لا يحضره الفقيه ص ١٢٢ - ١٢٣ » .
(٢) الهداية مع فتح القدير ج ١ ص ٤٤٥ - الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج ١ ص ٢٩٤ . اسنى المطالب ج ١ ص ٢٧٣ .
من لا يحضره الفقيه ص ١٢٣ .

(٣) هو الصحابى الجليل : عبد الله بن عمر بن الخطاب المدوى ابو عبد الرحمن ، نشأ في الاسلام . هاجر الى المدينة مع أبيه شهد فتح مكة . أفتى الناس في الاسلام ستين سنة . وغزا أفريقية مرتين . وهو آخر من توفى بمكة من الصحابة وكان ذلك سنة ٧٣ هـ .

(٤) هو التابعى الجليل : نافع بن سرجس الديلمى مولى عبد الله ابن عمر بن الخطاب . قال البخارى اصح الاسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر لا أبالى أن لا اسمعه من غيره . توفى نافع رحمه الله سنة ١١٧ هـ .

(٥) أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة ولد سنة ١٤٩ ودرس القرآن والحديث منذ حياته له رحلات واسعة في اقطار الاسلام بحثا عن الحديث حتى صار اماما ومرجعا فيه توفى رحمه الله سنة ٢٥٦ هـ .

(٦) محمد بن ادريس بن العباس بن شافع القرشى ابو عبد الله أحد الائمة الأربعة ولد في غزوة وحمل منها طفلا الى مكة ونشأ بالبادية وتعلم الشعر والفروسية وتفقه على مالك بالمدينة المنورة . ذهب الى بغداد مرتين ثم قصد مصر وتوفى بها سنة ٢٠٤ هـ .

(٧) اسنى المطالب ج ١ ص ٢٧٣ .

وبناء عليه فإن من عجز عن الركوع والسجود أو مأ بهما للضرورة
وأتى بالسجود أخفض من الركوع ل يتميز كل منهما عن الآخر (١) •

ويقرر العلامة أحمد الدردير (٢) الفقيه المالكي أن الضرورة تبيح
أفعالا محرمة على المصلي في غير هذه الحالة حيث يقول : « وحل للضرورة
ما حرم في غيرها من ذلك مشى وجرى وركض — أى تحريك الدابة —
وطعن وعدم توجه للقبلة وكلام احتاج له من تحذير واغراء وأمر ونهى
وامساك شيء ملطخ بدم ان احتيج له » (٣) •

٤٢ — ويخالفه بعض الشافعية في الأمرين الأخيرين حيث جاء في
اسنى المطالب : « ويبطلها أى الصلاة الصياح اذ لا ضرورة اليه وكذا
يبطلها النطق بلا صياح كما نص عليه في الأم » وفيه أيضا « يلقي وجوبا
سلاحا تنجس بما لا يعفى عنه حذرا من بطلان الصلاة •• أو يجعله
في قرابة ركابه (٤) •

غير أن حالة الحرب قد تستدعى أمرا أو تحذيرا أو ما اليهما من
ضروب الكلام فان كان ذلك ضروريا فلا بأس به — في نظرى — لأن
الضرورة أباحت ما هو أكثر منه • ومن ناحية أخرى فان القاء السلاح
الملطخ بالدم قد يكون فيه خطر كبير فضلا عما فيه من المهانة ولربما
أدى الى الهزيمة • ولذلك فان ما نص عليه المالكية من اباحة امساكه له
اعتبار كبير فيما يبدو لى • بل لقد نص بعض الفقهاء على أن الشخص
« يموت ولا يلقي سلاحه » (٥) •

(١) فتح القدير مع الهداية ج ١ ص ٥ — الشرح الكبير للدردير
وحاشية الدسوقي ج ١ ص ٣٩٤ • اسنى المطالب ج ١ ص ٢٧٣ — البحر
الزخار ج ٢ ص ٥٣ — ٥٤ • من لا يحضره الفقيه ص ١٢٢ — ١٢٣ •
شرح النيل ج ١ ص ٥٤٦ •

(٢) أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوى : فاضل من
فقهاء المالكية ولد في بنى عدى بصعيد مصر وتعلم بالأزهر • وكان من كبار
الصوفية في عصره • ومن كتبه اقرب المسالك لمذهب مالك والشرح الكبير
على شرح مختصر خليل وغيرهما • توفي بالقاهرة سنة ١٢٠١ هـ •

(٣) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج ١ ص ٣٩٤ •
وايضا البحر الزخار ج ٢ ص ٥٤ •

(٤) اسنى المطالب ج ١ ص ٢٧٣ •

(٥) شرح النيل ج ٧ ص ٦٣٠ — ٦٣١ وما بعدها •

ويرى بعض الحنفية أن القتال في حال الصلاة يبطلها (١) وهو رأى ضعفه فقهاء الحنفية أنفسهم وقد حقق هذا الخلاف الكمال ابن الهمام (٢) ثم ذكر خلاصته فقال : « فالقدر المتحقق من فائدة الأمر بأخذ الأسلحة اباحة القتال الذى هو ليس من أعمال الصلاة بل هو من المفسدات فأفادت حل فعل المفسد بعد أن كان حراما فيبقى كل ما علم على ما علم ما لم ينفه ناف. والذى كان معلوما حرمة مباشرة المفسد، وثبوت الفساد بفعله والقدر الذى يستلزمه الأمر بأخذ الأسلحة دفع الحرمة لا غير فيبقى الآخر فتجب الاعادة » (٣) .

٤٣ - وهذا الذى قرره الحنفية ليس خاصا بصلاة شدة الخوف وانما ذكروه بمناسبة كلامهم على صلاة الخوف المعتادة ومثل هذه الصلاة لا تحتاج الى قتال لأنها شرعت في حالة التوتر وخوف الهجوم لا في حالة الهجوم والاشتباك بالفعل . وانما ذكرته هنا حتى لا يلتبس على القارىء مذهب الحنفية في هذه المسألة . ومع ذلك فان ما قرره ابن الهمام غير مسلم من كل الوجوه . فمما لا شك فيه أن ما قرره من أن الأمر بأخذ الأسلحة يترتب عليه اباحة القتال هو قول مسلم بلا نزاع ، وأما التحليل الذى ذكره بعد ذلك وانتهى منه الى وجوب اعادة الصلاة فغير مسلم في نظرى . اذ أن اباحة القتال وحل فعل المفسد لا أثر لها الا الغاء اعتبار هذا المفسد ، وبعبارة أخرى أن اباحة الفعل تخرجه عن كونه مفسدا الى كونه غير مفسد ومادام الأمر كذلك فالصلاة صحيحة .

٤٣ مكررا - وهناك ناحية أخرى يجب - فى رأى - التنبيه اليها وعدم التردد بشأنها وهى أنه اذا كان الله عز وجل أمرهم بالصلاة وهم على هذه الحال ، وأباح لهم أخذ الأسلحة المترتب عليه اباحة القتال . فكيف يطلب منهم بعد ذلك اعادة الصلاة ؟ فان قالوا انها فاسدة أو باطلة

(١) الهداية هامش فتح القدير ج ١ ص ٤٤٤ ويبدو أن هذا النص من عبارة صاحب البداية وقد علق عليه الكمال بأن فيه نظرا لأن استدلاله بفعل الرسول صلى الله عليه وسلم كان قبل نزول صلاة الخوف .

(٢) هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسى ثم الاسكندرى كمال الدين المعروف بابن المهام . امام من علماء الحنفية عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه . أصله من سيواسى . ولد بالاسكندرية ونبغ فى القاهرة وجاور بالحرمين . توفى سنة ٨٦١ هـ .

(٣) فتح القدير ج ١ ص ٤٤٥ .

قلنا لهم ان الله أمرهم بها والله لا يأمر الا بكل خير • هذا فضلا عن أن ما قرروه يجعل صلاة الخوف عبثا • والشرعية منزهة عنه • تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا •

٤٤ - ويقرر الشافعية والزيدية ومحمد بن الحسن من الحنفية أن صلاة شدة الخوف يصح أداؤها جماعة وإن اختلفت الجهة أو تقدموا على الامام للضرورة إذ الجماعة أفضل من افرادهم (١) هذا الى أن الدليل لم يفصل (٢) •

وذهب الحنفية عدا محمد الى أن هذه الصلاة لا تؤدي جماعة لانعدام الاتحاد في المكان (٣) •

والواقع أن هذه المسألة يجب النظر اليها بحسب الامكان ، فان تمكنت فصيلة من المحاربين من أداء الصلاة جماعة كان بها والا فلكل مؤمن أن يصلي بمفرده حسب امكانه •

٤٥ - ويرى بعض الفقهاء أنه اذا لم يكن في امكان المؤمن أن يصلي بالايماء فان التكبير يغنيه عن الايماء فيكبر تكبيرتين عن الصلاة الثنائية وثلاث تكبيرات عن الصلاة الثلاثية ويقول في كل واحدة سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر فان ذلك يجزىء عن الركوع والسجود (٤) • ومفاد ذلك أنه لا اعادة عليه بعد زوال الخوف وحلول الأمن •

ويذهب البعض الآخر الى أنه « ان أمكن الايماء بالرأس وجب ولا قضاء ، والا وجب الذكر لحرمة الوقت والقضاء اذ لم يأت بصلاة » (٥) •

ويقرر فريق ثالث بأنه يجوز للخائف على نفسه أو ماله تقصير وظائف الصلاة بأن يصلي بالايماء بل يجوز له تقصيرها - عند الضرورة - ولو الى التكبير والتسليم بعده • ويلزم المصلي بتكبير أن يسلم وأن

(١) المختصر النافع ص ٧٤ •

(٢) البحر الزخار ج ٢ ص ٥٣ - ٥٤ •

(٣) اسنى المطالب ج ١ ص ٢٧٣ •

(٤) البحر الزخار ج ٢ ص ٥٤ •

(٥) شرح النيل وشفاء العليل ج ١ ص ٥٤٦ - ٥٤٧ •

من يصلى بتكبير تكون تكبيرته الأولى للاحرام وتعد في عدد جملة ما يلزمه من التكبير » ووجه ذلك « حديث مفتاحها التكبير وتحليلها التسليم . ثم ان صلى صلاة خوف أو تقصير الوظائف ؛ ولو الى التكبير . ثم أمن . والوقت باق . فلا يعيد على الراجح اذ صلاحها بوجه جائز » (١) .

٤٦ - وهذه الصلاة ليست خاصة بحالة الاشتباك المسلح بل بكل حالات الخوف المرعب الذى يتوقع منه الهلاك كالخوف من اللصوص أو من السباع والوحوش أو ما شاكل ذلك .

ويقرر ابن حزم أنه لا يجوز أن يصلى صلاة الخوف : من خاف من طالب له بحق وفى هذا يقول : « وكذلك من صلى راكباً أو ماشياً أو محارباً أو لغير القبلة أو قاعداً خوف طالب له بحق لأنه فى كل ذلك عمل عملاً قد ينهى عنه فى صلاته ، ... ومن صلى كما ذكرنا هارباً من كافر أو من باغ يطلب صلاته الا أن ينوى فى مشيه ذلك تحرفاً لقتال أو تحيزاً الى فئة فتجزئة صلاته حينئذ .. فمن ولى الكفار ظهره والبغاة المفترض قتالهم لا ينوى تحيزاً ولا تحرفاً فقد عمل فى صلاته عملاً محرماً عليه فلم يصل كما أمر ... وأما الفار عن السباع والنار والحش والمجنون والحيوان العادى والسيل وخوف عطش وخوف فوت الرقعة أو فوت متاعه أو ضلال الطريق فصلاته تامة لأنه لم يفعل فى ذلك الا ما أمر به » (٢) .

وهذا الذى قرره ابن حزم له وزن كبير - فى نظرى - اذ لابد من مراعاة شرط هام : هو ألا يكون صاحب الضرورة قد ساهم بخطئه فى احداثها كما سيأتى تفصيله فى موضعه .

وابن حزم هنا يقول ان لا يصلى صلاة الخوف هذه كل من يقصر فى أداء ما عليه من واجبات ثم يدعى بعد ذلك أنه مضطر فيصلى صلاة الخوف . فالذى لا يفى بدينه لا يجوز له أن يصلى مثل هذه الصلاة ، اذا طلبه صاحب الحق ففر منه ، كذلك من عليه حكم قضائى فهرب من تنفيذه لا يجوز له أن يصلى صلاة الخوف أثناء هروبه لأنه هارب بغير حق .

(١) المحلى ج ٥ ص ٤١ - ٤٢ .

(٢) المحلى ج ٥ ص ٤١ - ٤٢ .

وأيضاً الهارب من الكفار في ميدان القتال ليس له أن يصلى هذه الصلاة الا أن يكون متحرراً لقتال أو متحيزاً الى فئة لأن مثل هذا الهارب قد ارتكب جرماً عظيماً وإثماً مميئاً ، فلا يستفيد من أحكام الضرورة لأنه بفراره قد عمل في صلاته عملاً يغضب الله ورسوله قال الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار . ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفاً لقتال أو متحيزاً الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير » (١) .

الضرورة وصلاة العليل :

٤٧ - وأما صلاة العليل فان صلتها بالضرورة تتمثل في أن المريض يباح له أن يؤدي الصلاة على أيسر حالة ممكنة له دون التقيد بالأفعال المخصوصة التي يجب عليه القيام بها في حالة صحته المعتادة .

فقد روى أن عمران بن حصين رضى الله عنه كان مريضاً فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فقال له عليه الصلاة والسلام : صل قائماً ، فان لم تستطع فقاعداً فان لم تستطع فعلى جنب » (٢) .

وقد قرر الفقهاء بناء على هذا أن المريض اذا عجز عن القيام صلى قاعداً يركع ويسجد لان الطاعة تجب بحسب الطاقة ، فان لم يستطع الركوع والسجود أوأما من جلوس لأن ذلك وسع مثله ويجعل سجوده اخفض من ركوعه فان لم يستطع القعود صلى على جنبه أو استقل على ظهره وجعل رجليه الى القبلة وأوماً بالركوع والسجود (٣) .

وكيفية هذه الصلاة وآراء الفقهاء فيها مبينة تفصيلاً في كتب الفقه (٤) .

(١) سورة الأنفال الآية رقم « ١٦ » .

(٢) رواه البخارى .

(٣) لهداية وفتح القدير ج ١ ص ٤٥٧ - ٤٥٩ .

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ١ ص ٢٥٦ - ٢٦٢ . اسنى المطالب ج ١ ص ١٤٦ - ١٤٨ ، المحلى ج ٣ ص ٢٦٧ ، البحر الزخار ج ١ ص ١٧٦ - من لا يحضره الفقيه ج ١ ص ٩٨ - ٩٩ . شرح النيل ج ١ ص ٣٦٥ - ٣٦٧ .

٣ - تطبيقات الضرورة في كتاب الصوم

٤٨ - للضرورة في كتاب الصوم تطبيقات عديدة . وقد وضع بعض الفقهاء قاعدة عامة تجمع هذه التطبيقات المختلفة . وفي تلك القاعدة وشرحها يقول الفقيه زكريا الانصارى (١) . « يباح الفطر من الصوم الواجب لخوف الهلاك على نفسه أو عضوة أو منفعة من جوع أو عطش ، وإن كان مقيما صحيحا لقوله تعالى : « ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما » وقوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة » ، ولا ينافى التعبير بالاباحة ما صرح به الغزالي (٢) وغيره من وجوب الفطر لأنها تجامعه . . . (٣) .

وأظهر الحالات التي يتصل الصوم فيها بالضرورة هي الحالات الآتية : المرض والشيخوخة والحمل والرضاع .

٤٩ - المرض :

يباح الفطر للمريض باجماع أهل العلم (٤) . والاصل في ذلك قول الله سبحانه : « ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر » (٥) . والمريض الذي يباح له الافطار هو الذي يزداد مرضه إن صام لأن زيادة المرض واستمراره قد يفضي إلى الهلاك لذا وجب الاحتراز عنه (٦) . وعلى ذلك فليس كل مرض يبيح الافطار . اذ من الامراض ما يؤدي الصوم إلى البرء منها وعليه فلا اباحة هنا عند جمهور الفقهاء .

(١) هو أبو يحيى شيخ الاسلام زكريا بن محمد الانصارى السفينى المصرى الشافعى قاضى مفسر من حفاظ الحديث ولد فى سفينة « بشرقية مصر » ولاة السلطان قايتباى القضاء بمصر بعد الحاج . له مؤلفات كثيرة منها : تنقيح تحرير اللباب واسنى المطالب شرح روض الطالب توفى سنة ٩٢٦ هـ .

(٢) هو الفيلسوف الفقيه الأصولى أبو حامد محمد بن محمد الغزالى الشافعى . ولد فى مدينة طوس من أعمال خراسان وتوفى بها . تجول فى طلب العلوم الشرعية والعقلية حتى نبغ فيها ثم أثر التصوف وغلب عليه وله أكثر من مائتى كتاب ورسالة ومقاله . توفى سنة ٥٠٥ هـ .

(٣) اسنى المطالب ج ١ ص ٤٢٢ - ٤٢٣ طبعة ١٣١٣ هـ .

(٤) حكى هذا الاجماع ابن قدامة الحنبلى فى المغنى ج ٣ ص ١٧ .

(٥) سورة البقرة الآية رقم « ١٨٥ » .

(٦) الهداية مع فتح القدير ج ٢ ص ٧٩ .

أنما المرض المبيح للافطار هو الذى يزداد بالصوم أو يكون الصوم سببا فى تأخير الشفاء منه .

وقد ذهب جمع كبير من الفقهاء الى أنه يجب الافطار على المريض اذا علم أن صومه سيؤدى به الى الهلاك (١) ويقوم الظن الراجح مقام العلم .

٥٠ - الحمل والرضاع :

وكذلك الحامل والمرضع اذا خافتا على أنفسهما من الصوم أفطرتا وعليهما القضاء لا غير . قال ابن قدامة الحنبلى (٢) تعليقا على هذا الحكم : « لانعلم فيه خلافا لانهما بمنزلة المريض الخائف على نفسه » (٣) .

وان خافت الحامل على ما فى بطنها أو خافت المرضع على رضيعها جاز لهما الافطار وعليهما القضاء وفى الكفارة خلاف بين الفقهاء (٤) .

وقد قرر بعضهم ان الافطار واجب عند خوف الهلاك على الطفل أو الجنين (٥) . بل لقد صرح بعضهم أن خشية الضرر كافية فى جعل الافطار واجبا وفى هذا يقول صاحب الروض النضير : « أما الاولان - أى الحبلئ والمرضع - فان كان الجوف الضرر على أنفسهما فقد وضع الله عن المسافر شطر الصلاة وأرخص له فى الافطار لما فى السفر من المشقة فيكون فى حقهما بطريق الاولى . . وأما اذا خافاه على الولد

(١) الشرح الكبير للدردير ج ١ ص ٥٣٥ . أسنى المطالب ج ١ ص ٤٢٢ - ٤٢٣ ، البحر الزخار ج ٢ ص ٢٢١ . من لا يحضره الفقيه ج ٢ ص ١٨٤ . شرح النيل ج ٢ ص ٢٠٩ وقد جاء فى هذا الموضع : « ومن اضطر ولم يفطر وهلك أو حلت آفة بجسده لذلك كفر ولا يدفن عند بعض أن مات بذلك » .

(٢) هو عبد الله بن أحمد بن قدامة بن مقدام بن نصر بن عبد الله المقدسى ثم الدمشقى الحنبلى موفق الدين رحل الى بغداد وسمع بها من عبد القادر الجيلانى وغيره ثم عاد الى دمشق وصنف كتاب المغنى ورحل الى بغداد بعد ذلك توفى بدمشق ومن كتبه الكافى فى الفقه . توفى سنة ٦٢٠ هـ .

(٣) المغنى ج ٣ ص ٢٠ .

(٤) فتح القدير ج ٢ ص ٨٢ . الشرح الكبير للدردير ج ١ ص ٥٣٦ . أسنى المطالب ج ١ ص ٤٢٨ - ٤٢٩ . المغنى ج ٣ ص ٢٠ - ٢١ . الروض النضير ج ٢ ص ٤٨٣ - ٤٨٤ .

(٥) الشرح الكبير ج ١ ص ٥٣٦ ، أسنى المطالب ج ١ ص ٤٢٨ - ٤٢٩ - الروض النضير ج ٢ ص ٤٨٤ - المحلى ج ٦ ص ٢٦٢ .

كما في الحديث وشواهدة كان افطارهما واجبا وهو صريح الأمر في قوله صلى الله عليه وسلم : « انطلقى فافطرى » . وانما كفى في وجوب الافطار خشية الضرر لان للرضيع والجنين حقا على الأم والله تعالى حقا وقد تقرر انه يجب تقديم حق المخلوق .. أما عند خشية التلف فوجوبه بطريق الأولى أيضا . أما على النفس فقوله تعالى : « ولا تقتلوا انفسكم » « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » . وأما على الصبي فلانه اذا كفى في حقه خشية الضرر فيا لاولى خشية التلف وقياسا على انقاذ الغريق الذى يجب لاجله الخروج من الصلاة . واذا تعارض واجبان واحدهما يخشى فوته ولا بدل له ، والثانى يخشى فوته وله بدل كان تقديم ما ليس له بدل أهم . والاستدلال بذلك يقوى بحديث الأصل (١) .

٤ - الضرورة في كتاب الحج

٥١ - لعل أظهر تطبيق للضرورة في الحج ما جاء في كتاب الله العزيز : « وأتموا الحج والعمرة لله فان أحصرتم فما استيسر من الهدى ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدى محله » (٢) .

ومعنى « أحصرتم » منعتهم بعد الاحرام من الوصول الى البيت (٣) والاحصار لغة المنع والحبس والتضييق (٤) . وشرعا : حصول مانع

(١) الروض النضر ج ٢ ص ٨٤ وحديث الأصل المشار اليه هو ما رواه زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام قال : « لما أنزل الله عز وجل فريضة شهر رمضان أتت النبي صلى الله عليه وسلم امرأة حبلى فقالت يا رسول الله انى امرأة حبلى وهذا شهر رمضان مفروض - وهى تخاف على ما فى بطنها ان صامت - فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : انطلقى فافطرى ، فاذا اطقت فصومي . وأتته امرأة مرضع فقالت يا رسول الله هذا شهر رمضان - وهى تخاف ان صامت ان ينقطع لبنها فيهلك ولدها - فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : انطلقى فافطرى فاذا اطقت فصومي ... الحديث وهو بهذا اللفظ والسند فى الروض النضر ج ٢ ص ٨٣ .

(٢) سورة البقرة من الآية رقم « ١٩٦ » .

(٣) صفوة البيان لمعانى القرآن ج ١ ص ٦٥ .

(٤) فى المصباح المنير : « حصره العدو حصرا من باب قتل احاطوا به ومنعوه من المضى لامره قال ابن السكيت وثعلب حصره العدو فى منزله حبسه واحصره المرض بالالف منعه من السفر (باب الحاء مع الصاد وما يثلثهما) . وفى لسان العرب : الاحصار ان يحصر الحاج عن بلوغ المناسك بمرض او نحوه .. والاحصار المنع والحبس قال الفراء العرب تقول للذى يمنعه خوف او مرض من الوصول الى اتمام حجه او عمرته (مادة حصر)

اضطرارى يحول دون اتمام الحج أو العمرة من خوف أو حبس أو مرض (١) .

أما قوله تعالى : « فما استيسر من الهدى » فهو جواب الشرط ومعناه انه يجب عليكم (٢) ذبح ما تيسر لكم من الهدى وهو ما يهدى الى البيت الحرام من بدنة (٣) أو بقرة أو شاة .

وقد استنبط الفقهاء من هذه الآية أن المحصر له أن يتحلل من احرامه نظرا لطروء هذا المانع الاضطرارى الذى يحول بين المحرم وبين اتمام مناسك الحج (٤) .

وأما قوله تعالى : « ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدى محله » فقد يراد منه : لا تتحللوا بالحلق حتى تعلموا أن الهدى المبعوث قد بلغ مكانه الذى يجب أن يراق فيه دمه وهو الحرم .

ومن هنا اختلف الفقهاء فى المكان الذى ينجر المحصور هديه فيه فذهب الحنفية والزيدية الى انه لا ينجر هديه الا فى محله وهو الحرم لقوله تعالى « هديا بالغ الكعبة » (٥) .

(١) البحر الزخار ج ٢ ص ٣٨٧ .
ويقول العلامة القرطبى فى تفسيره : « الاحصار هو المنع من الوجه الذى تقصده بالعوائق جملة ، بأى عذر كان . سواء يحصر عدو أو جور سلطان أو مرض أو ما كان . واختلف العلماء فى تعيين المانع هنا على قولين الأول قال علقمة وعروة وابن الزبير وغيرهم هو المرض لا العدو . وقيل العدو خاصة قاله ابن عباس رانس وابن عمر والشافعى قال ابن العربى : وهو للمرض . وحصر نزل به العدو (تفسير القرطبى ص ٧٤٤ - ٧٤٥ طبعة اختيار علمائنا ، ورأى أكثر أهل اللغة ومحصليها على أن احصر عرض الشعب) .

(٢) ان تحللتم من الاحرام للعذر الطارىء .

(٣) البدنة هى الواحدة من الابل .

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٩٠ طبعة ١٣٨٦ هـ الشرح الكبير ج ٢ ص ٩٤ ، الأم للشافعى ج ٢ ص ١٣٩ - ١٤٠ طبعة الشعب .
شرح منتهى الارادات ج ٢ ص ٧٣ ، البحر الزخار ج ٢ ص ٣٨٧ - ٣٨٨ الروض النضير ج ٣ ص ١١٤ - ١١٥ . من لا يحضره الفقيه ج ٢ ص ٢٧٨ . شرح النيل ج ٢ ص ٢٧٨ .

(٥) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٩١ . البحر الزخار ج ٢ ص ٣٨٨ . الروض النضير ج ٣ ص ١١٥ .

وذهب المالكية والامامية الى انه يجوز له أن ينحر هديه في أى مكان تيسر له . فقد روى عن الصادق رضى الله عنه انه قال : « المحصور والمضطر ينحران بدتھما في المكان الذى يضطران فيه » (١) .

وهكذا فالاحصار ضرورة تحول بين المحرم وبين اتمام المناسك كما ظهر ذلك جلياً من تعبير بعض الفقهاء بانه مانع اضطرارى ومن تعبير البعض الآخر بأن المحصر مضطر يتحلل من احرامه وعليه الحج من قابل . وللفقهاء تفصيلات أخرى تتعلق بالاحصار قد لا تكون لها صلة بموضوع البحث .

٥٢ - ومن ناحية أخرى فان لنظرية الضرورة تطبيقات كثيرة في كتاب الحج نص عليها الفقهاء ضمن مسائل فرعية مبشرة في ثانيا النصوص أكتفى بالاشارة الى بعضها .

من ذلك ما نص عليه بعض الفقهاء من انه وان كان من النسك أن يبيت الحاج بمنى ؛ الا أنه يرخص لرعاة الابل وأصحاب السقاية في ترك المبيت (٢) ويعذر أيضا في ترك المبيت وعدم لزوم الدم كل خائف على نفسه أو ماله أو فوات مطلوب (٣) فيسقط الرمي عن مثل هذا الخائف لا اضطراره الى الارتحال (٤) وفي نهاية المحتاج : « يخرج من هذا مسألة حسنة تعم بها البلوى وهى أن امراء الحجيج في هذه الاعصار يبيتون معظم الحجيج بمنى الليلة الثالثة من التشريق ثم ينفرون غالبا بكرة الثالث ويدعون الرمي بعد الزوال فلا يمكن التخلف عنهم خوفا على النفس والمال والانتقطاع » (٥) .

٥٣ - ومن هذه التطبيقات أيضا ما جاء في مختصر الخرقى من أن المحرم يتقلد السيف عند الضرورة (٦) . وقد علق ابن قدامة على هذه المسألة

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٩٣ .

من لا يحضره الفقيه ج ٢ ص ٢٧٨ .

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج ٢ ص ٤٨ -

٤٩ . نهاية المحتاج ج ١ ص ٤٣٢ - ٤٣٣ المغنى ج ٣ ص ٥١٨ - ٥١٩ .

٥١٩ . شرح النيل ج ٢ ص ٤٠٢ .

(٣) نهاية المحتاج ج ١ ص ٤٣٢ - ٤٣٣ . المغنى ج ٣ ص ٥١٨ -

٥١٩ .

(٤) حاشية الشيراملى على نهاية المحتاج ج ١ ص ٤٣٢ .

(٥) نهاية المحتاج ج ١ ص ٤٣٢ .

(٦) مختصر الخرقى مطبوع مع المغنى ج ٣ ص ٢٨٠ =

(م ٤ - نظرية الضرورة في الفقه الجنائى)

فقال : « وجملة ذلك أن المحرم اذا احتاج الى تقلد السيف فله ذلك وبهذا قال مالك (١) وأباح عطاء (٢) وابن المنذر (٣) فعله وكرهه الحسن (٤) والأول أولى لما روى أبو داود (٥) بإسناده عن البراء (٦) قال : لما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل الحدية صالحهم على أن يدخلوها الا بجلبان السلاح (القرباب بما فيه) وهذا ظاهر في اباحة حمله عند الحاجة لأنهم لم يكونوا يأمنون أهل مكة أن ينقضوا العهد .. واشتروطوا حمل السلاح في جرابه . فاما من غير خوف فان أحمد (٧) قال لا الا من ضرورة » وانما منع منه لأن ابن عمر قال لا يحمل المحرم السلاح في الحرم » (٨) .

= الخرقى هو أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقى فقيه حنبلى من أهل بغداد نسبته الى بيع الخرق . له تصانيف احترقت وبقي منها المختصر فى الفقه توفى سنة ٣٣٤ هـ .

(١) مالك بن انس بن مالك الأصبحى الحميرى أبو عبد الله امام دار الهجرة واحد الأئمة الأربعة مولده ووفاته فى المدينة سنة ١٧٩ هـ كان صلبا فى دينه بعيدا عن الأمراء والملوك . له كتاب الموطأ ورسالة فى الوعظ وكتاب فى المسائل ورسالة فى الرد على القدرية وتفسير غريب القرآن والمدونة الكبرى فى الفقه المالكى .

(٢) عطاء بن يسار . أبوه مولى ميمونة زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان عطاء فقيها ويكنى أبا محمد توفى سنة ١٠٣ هـ .

(٣) محمد بن ادريس بن المنذر بن داود بن مهران أبو حاتم الحفظلى الرازى ، كان أحد الأئمة الحفاظ سمع الامام أحمد وآخرين وروى عنه يونس بن عبد الأعلى والربيع بن سليمان وغيرهما توفى سنة ٢٧٧ هـ .

(٤) الحسن بن يسار البصرى أبو سعيد تابعى كان امام أهل البصرة . ولد بالمدينة له مواقف مع الحجاج بن يوسف . توفى بالبصرة سنة ١١٠ هـ .

(٥) سليمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشير الاسدى السجستانى أبو داود امام أهل الحديث فى زمانه توفى بالبصرة سنة ٢٥٧ هـ . له كتاب السنن وهو أحد الكتب الستة .

(٦) أبو عمارة البراء بن عازب بن الحارث بن عدى بن مجدعة الانصارى الاوسى صحابى جليل . روى عن النبى صلى الله عليه وسلم ٣٠٥ حديثا اتفق البخارى ومسلم على اثنين وعشرين منها . وروى عنه بعض من الصحابة وجماعة من التابعين ، شهد أحدا ، نزل الكوفة وتوفى بها .

(٧) أحمد بن محمد بن حنبل أبو عبد الله الشيبانى الوائلى امام المذهب الحنبلى وأحد الأئمة الأربعة أصله من مرو وكان أبوه والى سرخس ولد ببغداد ونشأ مكبا على طلب العلم وسافر فى سبيله كثيرا . وصنف المسند ستة مجلدات تحتوى على ثلاثين ألف حديث . توفى سنة ٢٤١ هـ .

(٨) المغنى ج ٣ ص ٢٨٠ . وسنن أبى داود ج ٢ ص ١٦٧ .

٥٤ - ومن تطبيقات نظرية الضرورة في كتاب الحج اضطرار المحرم الى تناول بعض المحرمات من المطعومات أو المشروبات ، مثل اضطراره الى صيد الحرم أو الى تناول طعام الغير أو الميتة .

وهذا التطبيق لا يعالج في الباب التهدي ، اذ هو من صميم الموضوع ، ولذا سأرجىء الكلام عنه الى موضعه المناسب من هذه الرسالة وبالله تعالى التوفيق .

٥ - تطبيقات الضرورة في كتاب الزكاة (١)

٥٥ - يقسم الفقهاء الزكاة الى قسمين : زكاة اختيار وزكاة اضطرار . ولا مجال للبحث في القسم الأول هنا . وبحث القسم الثاني سيكون بالقدر اللازم لبيان صلته بالضرورة .

وغنى عن البيان أن التذكية الاضطرارية لا يلجأ اليها الا عند العجز عن التذكية الاختيارية اذ أن هذه الأخيرة انما تكون في مأكول اللحم للذابح والداخل فعلا تحت سيطرته الكلية .

فاذا لم يكن الحيوان المراد ذبحه كذلك بان كان بعيدا صائدا أو حيوانا شاردًا ليس في الامكان السيطرة عليه ويخشى فوته فان له حينئذ ذكاة اضطرار تكون بالاكفاء بجرحه في أى جزء من جسده وبذلك يباح اكله متى ذكر اسم الله عليه عند جرحه (٢) وفي هذا المعنى يقول منلاخسرو (٣) : « يذبح صيد استأنس ويكفى جرح نعم توحش أو سقط في بئر ولم يمكن ذبحه لأن ذكاة الاضطرار انما يصار اليها عند العجز عن ذكاة الاختيار . والشاة اذا ندت خارج المصر تحل بالعقر ، واذا ندت في المصر لا تحل به لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر عادة . والمصر كخارجه في البقر والبعير لانهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وان ندا في المصر . والصيال كالند ، واذا لم يقدر على أخذها حتى لو قتله المصول عليه مريدا للذكاة (٤) حل أكله وفي

(١) المراد من الذكاة الذبح .

(٢) مذكور - نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء ص ١٣٤ .

(٣) محمد بن فراموز من فقهاء المذهب الحنفي البارزين . توفي في القرن التاسع الهجري وله في الاصول المرأة وفي الفقه غرر الاحكام .

(٤) الدرر الحكام شرح غرر الاحكام ج ١ ص ٣٤٨ .

تعليق للشرنبلالى (١) على ذلك يقول نقلا عن قاضى خان (٢) : « فى دجاجة تعلقت بشجرة وصاحبها لا يصل اليها ، فان كان لا يخاف عليها الفوت والموت فرماها لا تؤكل ، وان خاف عليها ذلك فرماها تؤكل » .

٥٦ - ويوافق الحنفية فى هذا الحكم الشافعية والحنابلة والزيدية والامامية . ففى اسنى المطالب أن غير المقدور كالصيد والحيوان الانسى اذا شرد ولم يتيسر للحوق به فان جميع اجزاء جسمه تصبح محلا للذبح فيحل آكله بالرمدى اليه بسهم أو نحوه أو ارسال جارحه عليه لقوله صلى الله عليه وسلم : « ان لهذه البهائم أوابد - أو فقرات - أو ان منها نوافر كاوبد الوحش فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا (٣) وقوله عليه الصلاة والسلام لأبى ثعلبة الخشنى (٤) لما قال له انى أصيد بكلى المعلم وبغيره « ما صدت بكلك المعلم فاذكر اسم الله عليه وكل ، وما صدت بكلك الذى بمعلم فادركت ذكاته فكل ، رواه الشيخان (٥) فدلا على حل الصيد بذلك فى أى جزء من اجزائه لأننا لو اعتبرنا اصابة موضع مخصوص لما حل كثير من الصيود لندرة اصابة الموضع . أما اذا تيسر لحوقه ولو باستعانة من يمسكة فلا يحل الا بالذبح فى المذبح لأنه ليس متوحشا وما تعذر ذبحه كوقوعه فى بئر يحل بجرح ورمى يفضى الى الزهوق » .

٥٧-ويقرر ابن قدامة أن ذلك هو قول أكثر الفقهاء . روى ذلك عن على (٦)

(١) هو حسن بن عمار بن على الوفائى الشرنبلالى الحنفى المتوفى سنة ١٠٩٦ هـ وله حاشية على الدرر الحكام .

(٢) هو الحسن بن منصور بن محمود فخر الدين الاوزجاندى الفرغانى أخذ الفقه عن الميرغينانى وله كتاب الواقعات والفتاوى الخانية وشرح الزيادات وشرح الجامع الصغير وشرح ادب القضاء للخصاف . توفى سنة ٥٩٢ هـ .

(٣) صحيح البخارى ج ٣ ص ١٩٢ طبعة سنة ١٣٤٦ هـ .

(٤) أبو ثعلبة الخشنى مشهور بكنيته ولهذا اختلف فى اسمه خرج له فى السنة اربعين حديثا منها اربعة فى الصحيحين توفى سنة ٧٥ هـ .

(٥) صحيح البخارى ج ٣ ص ١٩٠ .

(٦) هو سيدنا على بن أبى طالب بن عبد المطلب أمير المؤمنين أول الناس اسلاما بعد خديجة ولد بمكة وربى فى حجر النبى صلى الله عليه وسلم وكان اللواء فى يده . ولى الخلافة بعد مقتل عثمان فاقام بالكوفة وقتل شهيدا فى ١٧ رمضان سنة ٤٠ هـ .

وابن مسعود (١) وابن عمر (٢) وابن عباس (٣) وعائشة (٤) رضى الله عنهم وبه قال مسروق (٥) والحسن وعطاء واسحاق (٦) والشعبي (٧) والحكم (٨) وحماد (٩) والثوري (١٠) وأبو ثور (١١) .. وذكر أن عليا كرم الله وجهه سئل عن ثور حرب (١٢) في بعض دور الانصار فضربه رجل بالسيف وذكر اسم الله عليه فقال : ذكاة وحية (١٣) فأمرهم بأكله ، وتردى بعير في بئر فذكى من قبل شاكلته فبيع بعشرين درهما فأخذ ابن عمر عشره بدرهمين ولأن الاعتبار في الذكاة بحال الحيوان وقت ذبحه لا بأصله بدليل الوحش اذا قدر عليه وجبت تذكيته في الحلق واللبة ، وكذلك الأهلى اذا توحش

(١) عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي من اكابر الصحابة ومن اقربهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن السابقين الى الاسلام كان خادما للرسول عليه السلام وصاحب سره . ولى بيت مال الكوفة . توفي بالمدينة سنة ٣٢ هـ .

(٢) عبد الله بن عمر بن الخطاب نشأ في الاسلام وهاجر مع ابيه . (٣) عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي جبر الأمة . ولد بمكة وشهد مع علي الجمل وصفين توفي سنة ٦٨ هـ . (٤) عائشة أم المؤمنين بنت أبي بكر الصديق افقه نساء المسلمين واعلمهن بالدين توفيت سنة ٥٨ هـ .

(٥) مسروق بن الاعدع الهمداني تابعي ثقة من أهل اليمن قدم المدينة في أيام أبي بكر توفي سنة ٦٣ هـ .

(٦) اسحق بن ابراهيم بن مخلد اعلام نيسابور كان فقيها ومحدثا توفي سنة ٢٣٧ هـ .

(٧) عامر بن شرحبيل ولد بالكوفة . كان يكره الرأي . سمع عليه ابو حنيفة الحديث ولى قضاء الكوفة توفي سنة ١٠٥ هـ .

(٨) الحكم بن عتبة مولى لكندة ويكنى ابا عبد الله وكان هو وابراهيم النخعي من مواليد سنة واحدة . توفي سنة ١١٠ هـ .

(٩) حماد بن ابي سليمان راوية ابراهيم النخعي ويكنى بابي اسماعيل مولى ابراهيم بن ابي موسى الاشعري كان أستاذا لابي حنيفة اذ درس عليه ١٨ سنة . توفي سنة ١٢٠ هـ .

(١٠) سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري من بنى ثور من اعلام المحدثين نشأ في الكوفة . راوده المنصور على أن يلى الحكم فابى وخرج من الكوفة هاربا ثم انتقل الى البصرة ومات بها مستخفيا وله من الكتب للجامع الكبير والجامع الصغير في الحديث وكتاب في الفرائض . توفي سنة ١٦١ هـ .

(١١) ابراهيم بن خالد بن ابي اليمان الكلبى البغدادى الفقيه صاحب الشافعى . صنّف الكتب . من كتبه اختلاف مالك والشافعى . توفي سنة ٢٤٠ هـ .

(١٢) يفتح اوله وكسر ثانية على الفعل الماضى أى اشتد غضبه .

(١٣) بكسر الحاء وفتح الياء المشددة أى سريعة .

يعتبر بحاله . . فاذا تردى فلم يقدر على تذكّيته فهو معجوز عن تذكّيته فاشبه الوحش فاما أن كان رأس المتردى في الماء لم يبح لأن الماء يعين على قتله بمبيح وحاضر فيحرم كما لو جرحه مسلم ومجوسى » (١) .

٥٨ - ويذهب المالكية - في المشهور عنهم - الى أن الانعام الشاردة لا تؤكل بالعقر مطلقا ولو « توحشت وهذا شامل للاوز والحمام البيتى وفى هذا يقول الدردير : « يعنى أن الانسى اذا اشرف على الهلاك فى حفرة ونحوها كالطاقة فى الحائط وعجز عن اخراجه فلا يؤكل بالعقر » (٢) فلا بد من ذكاته بالذبح أو النحر ان كان مما ينحر (٣) وهذا الحكم هو المشهور عند المالكية .

وقد جنح ابن حبيب (٤) من المالكية الى ما قرره جمهور الفقهاء حيث قال « يؤكل الحيوان المتردى المعجوز عن ذكاته مطلقا بقرا كان أو غيره بالعقر صيانة للأموال » (٥) . فكان ابن حبيب يقول بذكاة الاضطرار نظرا لوجود الضرورة الداعية الى المحافظة على الاموال .

٥٩ - وغنى عن البيان أن الراجح - فى نظرى - هو مذهب الجمهور لقوة سنده ، ولأن القواعد العامة تؤيده . هذا الى أن مقاصد الشريعة تدعو الى القول به ، فالاموال هى من الامور الضرورية التى أمرت الشريعة بالمحافظة عليها وصيانتها . ولا جدال فى أن الأخذ بمذهب الجمهور سيترتب عليه حفظ الاموال من التلف وصيانتها من الضياع فالتذكية الاضطرارية من شأنها اباحة الاتفاع بالذبيحة من كل الوجوه . وهو خير من تركها لتردى فتسوت ويحرم أكلها .

ويقول ابن حزم فى هذه المسألة : « وأما غير المتمكن منه فذكاته أن يمات بذبح أو ينحر حيث أمكن منه من خاصر أو من عجز أو

(١) المغنى ج ١١ ص ٣٤ - ٣٥ . وفى بيان مذهب الزيدية راجع البحر الزخار ج ٣ ص ٣٠٩ . وفى مذهب الإمامية يراجع « من لا يحضره الفقيه » ص ٣٩٦ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج ٢ ص ١٠٣ .
(٣) عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون عالم الاندلس وفقهيهما فى عصره كان راسا فى فقه المالكية له تصانيف كثيرة منها طبقات الفقهاء والتابعين وتفسير موطا مالك وغيرها . توفى بقرطبة سنة ٢٣٨ هـ .
(٥) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٠٣ .

فخذ أو ظهر أو بطن أو رأس كبير أو شاة أو بقرة أو دجاجة أو طائر أو غير ذلك سقط في غور فلم يتمكن من حلقه ولا من لبته فانه يطعن حيث مكن بما يجعل به موته ثم هو حلال اكله » (١) .

٦ - تطبيقات الضرورة في كتاب الايمان

٦٠ - من أهم تطبيقات الضرورة في كتاب الايمان ما نص عليه بعض الفقهاء من أن الذي يحلف كاذبا ليخلص نفسه أو غيره من مخافة فلا اثم عليه ولا حنث ولو حلف بطلاق أو غيره (٢) . ويقول العلامة ابن عابدين (٣) نه « لو حلفه ظالم فحلف ونوى تخصيص العام أو غير ذلك مما هو خلاف الظاهر وعلم القاضي بحاله لا يقضى عليه بل يصدقه أخذا بقول الخصاف (٤) اما اذا لم يكن ظالما فلا يصدقه .. قال في الفتاوى الهندية عن الخلاصة ما حاصله اراد السلطان استحلافه بانك ما تعلم غرماء فلان واقرباءه ليأخذ منهم شيئا بلا حق يسعه أن يحلف ، والحيلة أن يذكر اسم الرجل وينوى غيره وهذا صحيح عند الخصاف لا في ظاهر الرواية . فان كان الحالف مظلوما يفتى بقول الخصاف . ولو حلفه القاضي ماله عليك كذا فاشار باصبعه .. الى غير المراد صدق ديانة لا قضاء قال في الخانية رجل حلف رجلا فحلف ونوى غير ما يريد المستحلف : ان بالطلاق والعناق ونحوه يعتبر نية الحالف اذا لم ينو الحالف خلاف الظاهر ظالما أو مظلوما وان كانت اليمين بالله تعالى فلو كان الحالف مظلوما فالنية فيه اليه ، وان كان ظالما يريد ابطال حق الغير اعتبر نية المستحلف ، وهو قول ابي حنيفة ومحمد .. وتقييده بما اذا لم ينو خلاف الظاهر يدل على أن المراد باعتبار نية الحالف اعتبارها في القضاء . اذ لا خلاف في اعتبار نيته ديانة . وبه علم الفرق بينه وبين مذهب الخصاف فان

(١) المحلى ج ٣ ص ٤١٦ ص ٤٤٧ .

(٢) البحر الزخار ج ٤ ص ٢٤٢ - ٢٤٣ .

(٣) محمد امين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي فقيه الديار الشامية وامام الحنفية في عصره مولد ووفاته في دمشق وله كتابه المشهور «رد المحتار على الدر المختار» حاشية ابن عابدين . وله رسائله المعروفة وغير ذلك توفي سنة ١٢٥٢ هـ .

(٤) احمد بن عمر بن مهير الشيباني ابو بكر المعروف بالخصاف فقيه حاسب فرضي كان مقدما عند الخليفة المهدي بالله وكان ورعا ياكل من كسب يده . من تأليفه احكام الاوفاف - الحيل - الوصايا - ادب القاضي . توفي سنة ٢٦١ هـ .

عنده تعتبر نيته في القضاء أيضا ويفتى بقوله اذا كان الحالف مظلوما (١) .

٦١ - ومما تقدم يتبين أن بعض الفقهاء - وهم الزيدية - لا يفرقون بين الحلف بالطلاق أو غيره وأن الضرورة تبرر الحلف لتخليص النفس من المخافة . وأن الخصاف من الحنفية يقول باعتبار نية الحالف ديانة وقضاء . وأما مذهب الحنفية عموما فهو التفرقة بين الحلف بالطلاق والعناق وبين الحلف بالله . غير أن الحنفية يقول بجواز الفتوى بمذهب الخصاف اذا كان الحالف مظلوما .

وما قرره المالكية يتفق مع مذهب الزيدية ومن وافقهم فقد نصوا على أنه اذا « استخفى رجل عند آخر من سلطان جائر اراد دمه أو ماله أو عقوبته في بدنه فسأله السلطان عنه فستر عليه وجحد عنده فقال احلف انه ليس عندك فحلف انه ليس عنده ليدفع به عن نفسه ودمه أو ما دون ذلك من ماله فلا شيء عليه ان خاف على نفسه ان لم يحلف ..

وسئل بعض المالكية « عن الرجل يخاف للصوص فيغيب ماله فيأخذونه فيقولون له غيب عنا مالك فيقول ما غيبت شيئا فيقولون احلف لنا فيحلف لهم بالطلاق انه لم يغيب عنهم شيئا وهو أن لم يحلف عذبه وان اطلعهم على ماله أخذوه فقال هذا .. لا حث عليه » (٢) .

٦٢ - ومن تطبيقات الضرورة في هذا الباب أيضا ما نص عليه بعض الشافعية من أنه « لو حلف لا يسكن دارا ولا يقيم فيها حث باللبث فيها بلا عذر .. ولو مكث فيها لخوف على نفسه أو ماله أو نحوهما أو منع له من الخروج أو مرض لا يقدر معه على الخروج ولم يجد من يخرج له لم يجنث للعذر » (٣) .

ويقرر الحنفية أن الذي يحلف على زوجته لا تخرجي بغير اذني ، أو الا باذني أو بأمرى أو بعلمى أو برضاى فانه يشترط حتى يبر يمينه

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٥١ - ١٥٢ ، طبعة سنة ١٢٨٦ هـ .

(٢) فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك ج ٢ ص ٥٦ - ٥٧ طبعة سنة ١٣٥٦ هـ حلى .

(٣) فتح العلى المالك ج ٢ ص ٥٧ .

(٤) اسنى المطالب ج ٤ ص ٢٥٢ .

« لكل خروج اذن • الا لغرق أو حرق أو فرقة » (١) بمعنى أنهم يستثنون حالات الضرورة مثل الغرق والحريق وما إليها اذ لو خرجت في مثل هذه الحالات لا يعتبر زوجها حائثا في يمينه •

وهذا الذي قرره الحنفية والشافعية هو عين ما يقول به فقهاء المذهب المالكي فقد جاء في بعض كتبهم « لو حلف على زوجته بالطلاق مثلا أن لا تخرج من الدار فخرجت لسيل أو هدم أو الأمر لاقرار لها معه أو اخرجها صاحب الدار وهي بكراء قد انقضى •• ففى سماع ابن القاسم (٢) عن مالك لا حنث عليه » (٣) •

وبعض المذاهب الأخرى يقرر أنه : « لا حنث على مغضوب • واجاز بعضهم في التقية ما يجوز حال الاضطرار » (٤) •

وقد وضع الامامية قاعدة عامة مؤداها أن التقية في كل ضرورة وصاحبها اعلم بها حين تنزل به (٥) •

٦٣ - ويقول ابن حزم : « ومن حلف أن لا يفعل امر كذا ففعله ناسيا أو مكرها أو غلب بأمر حيل بينه وبينه به ••• فلا كفارة على الحالف في شيء من كل ذلك ولا اثم •• برهان ذلك قول الله تعالى : « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان » وقال تعالى « ولكن ما تعمدت قلوبكم » • وقد قلنا ان الحنث ليس الا على قاصد الى الحنث يتعمد له بنص القرآن ؛ وهؤلاء كلهم غير قاصدين اليه فلا حنث عليهم ؛ اذ لم يتعمدوه بقلوبهم ، ويقول الله تعالى « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » وبالمشاهدة

(١) الدر المختار ج ٣ ص ١٢٦ - ١٢٧ •

(٢) عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقى المصرى أبو عبد الله صاحب مالكا عشرين سنة وهو صاحب المدونة وعنه أخذ سحنون • وقد روى الموطأ أيضا • توفي سنة ١٩١ هـ •

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ١٣٤ •

(٤) شرح النيل ج ٩ ص ٨٩ • التقية يراد بها هنا انه يجوز للشخص ان يتقى شر الظالم فيفعل أو يقول ظاهرا بلسانه فقط ما يريده الظالم ولا يؤاخذ المظلوم به • جاء في المصباح « وقاه الله السوء وفاته •• والتقية والتقوى اسم منه ج ٢ ص ١٤٨ باب الواو مع القاف وما يثلثهما • (٥) ورد في ذلك في كتاب « من لا يحضره الفقيه » ص ٤٠٤ باب الايمان • وقد أوردوا ذلك بمناسبة اليمين في حالة الضرورة فقد جاء بعد ذلك « ان خشيت على دمك ومالك فاحلف ترده عنك بيمينك فان رايت أن يمينك لا ترد عنك شيئا فلا تحلف •

ندري انه بنص القرآن انه ليس في وسع الناس ولا المغلوب بأى وجه منع أن يفعل ما نسي ولا ما غلب على فعله فصح بنص القرآن انه لم يكلف فعل ذلك . واذ ليس مكلفا لذلك فقد سقط عنه الوفاء بما لم يكلف الوفاء به » (١) .

وبناء على ما قرره ابن حزم وغيره من الفقهاء يمكن القول بأن من حلت على زوجته أن لا تخرج من الدار فخرجت بناء على حكم قضائي صادر بطردها من المنزل أو بناء على قرار هدم صادر من السلطة العامة أو تركت المنزل لأى أمر آخر خارج عن ارادتها مثل السيل والحريق والغرق وما الى ذلك فانه - فى هذه الحال وما شاكلها - لا حث على الخالف ولا اثم عليه ، وذلك تطبيقا لنظرية الضرورة التى لها - فى باب اليمين وفى غيره - هذا الاثر الذى لم يخل مذهب من المذاهب الفقهية الا وفيه ما يؤكد أو يدل عليه .

(ب) الضرورة فى المعاملات

٦٤ - لنظرية الضرورة تطبيقات كثيرة فى المعاملات التى تتم بين الناس . وأول ما يتطرق اليه الذهن هو المسؤولية عن الاموال والأشياء التى استهلكها المضطر أو اتلفها حالة اضطراره .

ومما قد يتطرق اليه الذهن أيضا : أثر الظروف الطارئة على العقد الذى تم ابرامه بين المتعاقدين فى ظروف عادية وعلى الوجه الشرعى المطلوب ، ولكن أثناء تنفيذ هذا العقد طرأت ظروف جعلت المضى فى تنفيذه أمرا عسيرا جدا . فهل هذه الحالة وأمثالها تعتبر من تطبيقات نظرية الضرورة فى مجال المعاملات ؟

وأخيرا ، فإن المضطر قد يجد نفسه ملجئا الى ابرام عقد من العقود، فى حين أنه لو كان فى ظروف عادية لما أقدم على التعاقد (٢) . فهل لنظرية الضرورة أثر فى مثل هذا العقد ؟

٦٥ - أما مسؤولية المضطر عن استهلاك الاموال أو اتلافها فى حالة الضرورة فذلك من صميم موضوعنا . وسوف نقر له مبحثا خاصا عند كلامنا عن آثار نظرية الضرورة .

(١) المحلى ج ٨ ص ٣٥ .

(٢) فهو حين تعاقد كان مضطرا . ولولا حالة الضرورة التى هو فيها ما تعاقد .

وأما عن الظروف التي تطرأ بعد إبرام العقد ابراما صحيحا والتي تجعل تنفيذه شاقا على أحد المتعاقدين دون الآخر ، فهذا ما بحثه الفقهاء عند كلامهم عن الاعذار وأثارها في العقود . وهو ما يعرف في الدراسة القانونية بنظرية الظروف الطارئة (١) .

وخلاصة ما يمكن قوله أن الأحكام الشرعية في الجملة ، تقتضى التدخل في مثل هذه الظروف لتخفيف الآثار الناجمة عنها حتى لا يلحق الضرر البالغ بأحد الطرفين دون الآخر .

فالشرعية بعدالتها الالهية توجب توزيع الضرر على الطرفين حتى لا يتحمل أحد المتعاقدين وحده كل الاضرار ويفوز الطرف الآخر وحده بكل الفوائد . وهذا ما أسماه العلامة ابن عابدين رحمه الله تعالى : الحل على الأوسط (٢) .

بقي معنا الموضوع الثالث وهو إبرام العقد في ظل ظروف اضطرارية، لولا وجودها ما تم العقد على هذه الصورة .

في بيان حكم هذا التعاقد يمكننا القول - بناء على ما ظهر لنا من النصوص الشرعية الواردة في هذا الشأن ، وعلى روح الشريعة ومعقولها - بأن التعاقد في مثل هذه الظروف منهي عنه شرعا .

فقد روى عن علي (٣) بن ابي طالب كرم الله وجهه انه قال : سيأتى على الناس زمان عضوض ، يعرض الموسر على ما في يديه ولم يؤمر بذلك . قال الله تعالى : « ولا تنسوا الفصل بينكم » . ويباع المضطرون ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر . وبيع الغرر ، وبيع الثمرة قبل أن تدرك ، واللفظ لأبي داود (٤) وقد

(١) مجموعة المحاضرات التي ألهاها المؤلف على طلاب الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون سنة ١٩٧١ - ١٩٧٢ .

(٢) مجموعة رسائل ابن عابدين .

(٣) علي بن ابي طالب بن عبد المطلب أمير المؤمنين ، أول الناس اسلاما بعد خديجة . ولد بمكة وتربى في حبر الله صلى الله عليه وسلم . وكان اللواء في يده . ولى الخلافة بعد استشهاد عثمان بن عفان بالكوفة وقتل شهيدا في ١٧ رمضان سنة ٤٠ هـ .

(٤) سنن ابي داود ج ٣ ص ٢٥٥ غير مبين الطبعة مع تعليق محي الدين عبد الحميد .

ساق ابن القيم (١) رواية أبي داود عن علي ، ثم قال ما يفيد أن هذه الرواية في مسند أحمد بهذا اللفظ . . وأكد ابن القيم أن لها شاهدا من حديث حذيفة (٢) عن النبي صلى الله عليه وسلم : « ان بعد زمانكم هذا زمانا عضوضا ، يعض الموسر على ما في يديه ولم يؤمر بذلك . قال الله تعالى : « وما أنفقتم من شيء فهو يخلفه وهو خير الرازقين » . وينهد شرار خلق الله فيبيعون كل مضطر . الا أن يبيع المضطر حرام . المسلم أخو المسلم ، لا يظلمه ولا يخونه . ان كان عندك خير فعد به على أخيك ، ولا تزده هلاكا الى هلاكه (٣) .

٦٦ - ونستطيع في الفقرات التالية تلخيص اراء العلماء في بيع المضطر الى المذاهب الاربعة الآتية :

المذهب الأول : مذهب بعض الشافعية والحنابلة وظاهر مذهب المالكية وخلاصته أن يبيع المضطر حرام . لان المضطر كالمكره لا يلزمه الثمن المسسى . اذ معنى نهيه صلى الله عليه وسلم انه لا يباع للمضطر . بل يبذل له الطعام مجانا . أو يتفق على الثمن بعد زوال حالة الاضطرار (٤) .

المذهب الثاني : مذهب الحنفية :

٦٧ - وهو أن يبيع المضطر فاسد . وقد فسر العلامة ابن عابدين المراد من هذا البيع فقال وهو أن يضطر الرجل الى طعام أو شراب أو لباس أو غيرها . ولا يبيعها البائع الا بأكثر من ثمنها بكثير ، وكذلك

(١) محمد بن ابي بكر بن ايوب بن سعد الزرعي الدمشقي . أحد كبار العلماء . ولد بدمشق له تصانيف كثيرة منها : اعلام الموقعين . والطرق الحكمية في السياسة الشرعية . والجواب الكافي لمن سأل عن الدواء الشافي . وبدائع الفوائد وزاد المعاد في هدى خير العباد وغير ذلك توفي بدمشق سنة ٧٥١ هـ .

(٢) هو حذيفة بن اليمان العبسي صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم . ولد بالمدينة المنورة . شهد أحد والخندق توفي بالمدينة سنة ٣٦ هـ .

(٣) اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤٣ طبعة ١٣٢٥ هـ .

(٤) الاشباه والنظائر لابن السبكي مخطوط بمكتبة الجامعة الازهرية

رقم ٥٢ ، الورقة ٩١ - ٩٢ - اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٣٧ - ١٣٨ . قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ص ٢٥٨ طبعة ١٩٧٥ م - حيث نص على أنه يشترط في العاقدین ان يكونا طائعين والمضطر ليس طائعا . والبهجة شرح التحفة لابن عبد السلام ج ٢ ص ٧٥ - ٧٧ حيث تكلم بالتفصيل عن بيع المضغوط (طبعة سنة ١٣٧٠ هـ) .

في الشراء منه (١) ويقول الحصكفي ترجح أن يبيع المضطر وشراؤه فاسد (٢) .

والعقد الفاسد عند الحنفية . هو الذي صاحبه وصف من الاوصاف غير المشروعة (٣) وحكم العقد الفاسد انه عقد محرم لانه منهي عنه شرعا . فينبغي فسخه . ولكن اذا استطاع المتعاقد أن يزيل أسباب الفساد وفعل ذلك بان ازال سبب الفساد فعلا ، انقلب العقد الفاسد الى عقد صحيح (٤) . وفي حالة بيع المضطر هو عقد فاسد أى عقد محرم شرعا . ولكن اذا اشترى المتعاقد الآخر من البائع - المضطر - بثمن المثل صار العقد صحيحا . وكذلك لو اشترى بأقل من ثمن المثل ولكنه عاد فرفع الثمن الى ثمن المثل انقلب العقد الفاسد الى عقد صحيح حيث امكن ازالة سبب الفساد . ومثل ذلك يقال بالنسبة لما اذا كان المضطر هو المشتري .

ويلاحظ أن النقطة الأخيرة هي التي تفرق بين . المذهب الأول وبين المذهب الثاني فالأول يقول بان البيع حرام فهو مردود واما الحنفية - وهم أصحاب المذهب الثاني - فيقولون انه حرام . ولكن اذا زال سبب الفساد زال التحريم .

المذهب الثالث : مذهب الزيدية وبعض الفقهاء :

٦٨ - وأصحاب هذا المذهب يفرقون بين حالتين الأولى : حالة ما اذا كان الاضطراب ناشئا عن شدة الجوع أو العطش ، بحيث يكون المضطر في حالة يخشى عليه فيها من الهلاك أو التلف . فمثل هذا المضطر لا يصح بيعه ولا شراؤه اذا غبن غبنا فاحشا . الثانية أن يكون اضطرابه ناشئا عن سبب آخر . وفي هذه الحالة يصح البيع والشراء من المضطر (٥) .

(١) (٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ١٤٦ طبعة ١٣٢٤ هـ .

(٣) الدر الحكام شرح غرر الاحكام ج ٢ ص ١٦٩ - ١٧٠ طبعة سنة

(٤) الدكتور يوسف قاسم : مبادئ الفقه الاسلامي ص ٣٥٩ طبعة ١٣٩٩ هـ

(٥) شرح الازهار ج ٣ ص ١٠ طبعة ١٣٥٧ هـ .

المذهب الرابع : مذهب الظاهرية :

٦٩ - يرى العلامة ابن حزم أن هذا البيع صحيح لانه في ظاهر الحال بيع من بائع وشراء من مشتري فلا عبرة بعد ذلك بالظروف الأخرى التى احاطت بالطرفين فالأول رضى بالثمن ، والثانى رضى بالعين المباعة فهو بيع تم بالتراضى بينهما فصار بيعا صحيحا . وأما الحديث الذى استدل به الجمهور ، فيقول ابن حزم عنه انه حديث مرسل ، وهو ليس حجة عند الظاهرية (١) .

٧٠ - والذى نراه والله اعلم أن بيع المضطر غير صحيح لان القواعد العامة فى الشريعة الاسلامية توجب القول بعدم صحته . وذلك حتى على فرض التسليم بأن الحديث مرسل . علما بأن العلامة ابن القيم ابن القيم رحمه الله قد رفع هذا الحديث واستدل به - كما سبق أن أشرنا - فضلا عن استشهاد كثير من العلماء بهذا الحديث أيضا .

ومع هذا كله فان القواعد العامة كما نوهنا توجب القول بعدم صحة بيع المضطر لانه فى منزلة المكروه على البيع فهذه الظروف المحيطة أثرت فى حريته . مما يجعلنا نؤكد أنه لو كان فى ظروف عادية لما قبل البيع على هذه الصورة التى تم بها وهذا يكفى للقول بعدم صحة هذا العقد .

(ج) الضرورة فى القانون العام (٢)

٧١ - تقوم نظرية الضرورة فى القانون العام على نفس الأسس التى قامت عليها فى القانون الجنائى (٣) ، فكما أنه « لا جناح على شخص خالف أحكام قانون العقوبات لضرورة وقاية نفسه من خطر جسيم على وشك الوقوع به فكذلك يحق للدولة أن تخرج على أحكام

(١) المحلى ج ٩ ص ٢٢ - ٢٣ المسألة ١٥٢٩ .

(٢) راجع فى بحث هذا الموضوع بصفة خاصة : الأستاذ الدكتور يحيى الجمل : نظرية الضرورة فى القانون الدستورى طبعة ١٩٧٤ م .
الدكتور أدوارد توفيق فى رسالته بالفرنسية المشار اليها سابقا - ص ٣ وما بعدها .

(٣) الأستاذ الدكتور طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية ورقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة منشور فى مجلة القانون والاقتصاد العدد الأول من السنة الثالثة ص ١ .

القانون اذا كان ذلك ضروريا لسلامتها ولوقاية الامن والنظام فيها (١) .
ودراسة نظرية الضرورة في القانون العام تتطلب من الباحث أن
ينظر اليها من ناحيتين :

الأولى : الناحية الدستورية ، وهي التي تتصل ببحث علاقة السلطة
التنفيذية بغيرها من السلطات الأخرى ، ذلك أن قيام حالة الضرورة قد
تسبب في بعض الظروف الى تعطيل أحكام الدستور .

الثانية : الناحية الادارية ، وهي التي تتمثل في دراسة آثار الضرورة
على العمل الادارى .

وسوف أشير - هنا - الى الناحية الأولى بصفة عامة ، وفي ايجاز
تام حتى لا نخرج عن غايتنا الأساسية وهي بحث الضرورة في المواد
الجنائية .

الضرورة والدستور :

٧٢ - لم تظهر تطبيقات جديدة لنظرية الضرورة في الدساتير المختلفة
الا ما ظهر منها بسبب التقلبات السياسية والاقتصادية التي أحدثتها
الحرب العالمية الأولى في جميع بلاد العالم (٢) ، اذ أن قيام هذه الحرب
جعل السلطات التنفيذية مضطرة الى زيادة اختصاصاتها على حساب
السلطات التشريعية (٣) وذلك لحماية الدولة واستقرار الامن والنظام
فيها .

وقد سادت بين الشراح في أوروبا آراء مختلفة حول تكييفهم لنظرية
الضرورة في القانون العام . ويمكن اجمال مآقوله في هذا الشأن
الى الرأيين الآتين :

الرأى الأول : رأى الشراح الالمان ، ويتلخص في أنهم يجعلون من
نظرية الضرورة - في القانون العام - نظرية قانونية من شأنها أن تبيح
للدولة اتخاذ اجراءات غير مشروعة - في الظروف العادية - على

(١) الأستاذ الفرنسى الالفى : الأعمال الادارية ونظرية الضرورة ،
منشور في مجلة القانون والاقتصاد العدد الخامس س ٧ ص ٨٢٩ .
(٢) رسالة الدكتور ادوارد توفيق - المرجع السابق ص ٣١ .
(٣) المرجع السابق ص ٣٢ .

أساس أن الضرورة الملحة تنشئ حقا قانونيا - كحق الدفاع الشرعى -
تتصرف الدولة على مقتضاه (١) •

الرأى الثانى : رأى الشراح الفرنسيين ويتلخص فى أنهم لا يعتبرون
الضرورة نظرية قانونية وانما يرون أنها نظرية سياسية ليس الا ، وينحصر
كل مالها من أثر فى تبرير تصرفات الحكومة أمام البرلمان ، اذا اقنعت
بقيام ضرورة ملحة دعتها الى مخالفة أحكام الدستور أو القانون (٢) •

وأثر هذا الخلاف يظهر فى مدى مسئولية الدولة عن اعمالها التى
تخرج فيها عن الدستور أو القانون •

فبناء على النظرية الألمانية تعتبر الحكومة غير مسئولة عن أى
اجراء تتخذه فى حالة الضرورة لانه اجراء مشروع كما أن عمال الحكومة
لا يرتكبون أى مخالفة قانونية عند تنفيذه •

وبناء على النظرية الفرنسية تعتبر السلطة التنفيذية مسئولة عن أى
تصرف تجريه على خلاف أحكام الدستور أو القانون اذ انه « لا يزال
بحكم » الأصل غير مشروع حتى يوافق البرلمان عليه (٣) •

نظرية الضرورة فى الدستور المصرى :

٧٣ - اعترف دستور سنة ١٩٢٣ بنظرية الضرورة فى المادة ٤١ التى
كانت تنص على أنه : « اذا حدث فيما بين ادوار انعقاد البرلمان مايوجب
الاسراع الى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير فللملك أن يصدر فى شأنها
مراسيم لها قوة القانون بشرط الا تكون مخالفة للدستور • ويجب
دعوة البرلمان الى اجتماع غير عادى وعرض هذا المراسيم عليه فى أول
اجتماع له • فاذا لم تعرض أو لم يقرها أحد المجلسين زال ما كان لها
من قوة القانون » •

(١) الأستاذ طعيمة الجرف : « الوجيز فى النظريات السياسية -
القاهرة ١٩٥٩ ص ٣٢٨ • ولسيادته أيضا : مبدأ المشروعية ورقابة القضاء
لاعمال الادارة السابق الاشارة اليه ص ٧ • الأستاذ الفرنسى الالفى -
المرجع السابق ص ٨٣٠ • الدكتور عبد الحميد متولى - الوسيط فى
القانون الدستورى سنة ١٩٥٦ ص ٣٤٤ - ٣٤٥ •

(٢) بارتللى - المرجع السابق - ص ٢٤٣ • الدكتور طعيمة الجرف -
مبدأ المشروعية ص ١١ - ١٤ •

(٣) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق - نفس الموضع -
الفونسى الالفى - المرجع السابق ص ٨٣٠ •

وواضح من هذا النص أن هذا الدستور يعتبر الضرورة نظرية سياسية بمعنى أنها لا تبرر عمل الحكومة الا أمام البرلمان اذا اقتنع بقيامها . وقد كانت الرخصة الممنوحة للملك في هذا الدستور الساقط مقيدة بأربعة قيود هي :

الأول : أن هذه الرخصة لا تستعمل الا فيما بين ادوار انعقاد البرلمان وعلى ذلك فهي لا تنصرف الى حالتى الحل والتأجيل طبقا للراجع من الآراء حينذاك (١) .

الثانى : قيام حالة الضرورة توجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتتمل التأخير والقول بقيام هذه الحالة بوصفها المذكور كان متروكا تقديره للسلطة التنفيذية طبقا لهذا الدستور .

الثالث : أن تصدر هذه المراسيم بقوانين فى حدود الدستور ، فالسلطة التنفيذية لا تستطيع مخالفة أحكام الدستور بايقاف كل أو بعض أحكامه كما انها لا تملك تعطيل الحياة النيابية .

الرابع : يتمثل هذه الشرط فى رقابة البرلمان على هذه المراسيم بقوانين اذ يوجب الدستور دعوة البرلمان الى اجتماع غير عادى ، وعرض هذه المراسيم عليه فى أول اجتماع له ، فان لم تعرض عليه أصلا ، أو عرضت ولم يوافق عليها احد المجلسين زال ما كان لها من قوة القانون (٢) .

الضرورة فى دستور سنة ١٩٥٦ :

٧٤ - وفى ١٦ يناير ١٩٥٦ أعلن دستور جمهورية مصر ، وقد أجرى عليه الاستفتاء الشعبى فى ٢٣ يونيو سنة ١٩٥٦ ، وقد أقر - فى المادة ١٣٥ منه - رخصة استعمال لوائح الضرورة فقال : « اذا حدث فيما بين ادوار انعقاد مجلس الأمة أو فى فترة الحل ما يوجب الاسراع الى اتخاذ تدابير لا تحتتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنه قرارات يكون لها قوة القانون ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ صدورها وفى أول اجتماع له فى حالة الحل ، فاذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من

(١) الدكتور السيد صبرى - اللوائح التشريعية - سنة ١٩٤٤ ص ٣٧ -

(٢) الدكتور طعيمة الجرف - المرجع السابق ص ١٨ - ١٩ .

(م ٥ - نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى)

قوة القانون بغير حاجة الى اصدار قرار بذلك . اما اذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون الا اذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على أثارها بوجه آخر » .

وهكذا نرى أن هذا النص قد عالج النقص الذى كان فى دستور سنة ١٩٢٣ وذلك من وجهين :

الأول : انه نص صراحة على أن حالة الحل تعتبر من الحالات التى يسمح فيها باستعمال رخصة لوائح الضرورة حيث قال « فيما بين ادوار انعقاد مجلس الأمة » .

الثانى : انه حدد فترة معينة أوجب أن تعرض خلالها القرارات الجمهورية الصادرة طبقا لهذا النص وهى خمسة عشر يوما من تاريخ صدور هذه القرارات وذلك اذا صدرت فيما بين ادوار الانعقاد . أما فى حالة الحل فقد أوجب الدستور عرض هذه القرارات على المجلس فى أول اجتماع له .

الضرورة فى دستور سنة ١٩٦٤ :

٧٥ - وفى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤ صدر دستور الجمهورية العربية المتحدة . وقد نص فى المادة ١١٩ منه على لوائح الضرورة فقال : « اذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو فى فترة حله ما يوجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات تكون لها قوة القانون . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها اذا كان المجلس قائما ، وفى أول اجتماع له فى حالة الحل فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون . بغير حاجة الى اصدار قرار بذلك ، اما اذا عرضت ولم يقرها المجلس زال ما لها من قوة القانون من تاريخ الاعتراض » .

وظاهر من هذا النص انه يجوز اصدار هذه القرارات فى عطلة مجلس الأمة بين ادوار انعقاده العادية وغير العادية كما انه يجوز اصدارها فى فترة حل المجلس ولم يتكلم النص الا عن هاتين الحالتين فقط واذن فيمتنع على السلطة التنفيذية اصدار لوائح الضرورة فى حالة التأجيل » .

والسلطة التنفيذية هي التي تقدر الضرورة الداعية الى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير فاذا اصدرت هذه القرارات وجب عرضها على مجلس الأمة في خلال خمسة عشر يوما ان كان المجلس قائما ، واذا كان منحلا وجب عرضها على المجلس الجديد في أول اجتماع له . فاذا لم تعرض في المواعيد المحددة زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون . وأما اذا عرضت فان وافق المجلس عليها أصبحت قانونا من تاريخ الموافقة وظلت آثارها السابقة باعتبارها قرارات في قوة القانون ، وان لم يوافق عليها المجلس زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ اعتراض المجلس عليها فقط ويبقى أثرها السابق باعتبارها قرارات صحيحة (١) .

الضرورة في دستور سنة ١٩٧١ :

٧٦ - أما دستور سنة ١٩٧١ م . فقد نص على لوائح الضرورة في موضعين :

الاول : في المادة ٧٤ : والتي تقول : « لرئيس الجمهورية اذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلام الوطن ، أو يعوق مؤسسات الدولة من أداء دورها الدستوري أن يتخذ الاجراءات السريعة لمواجهة هذه الخطر ، ويوجه بيانا الى الشعب ، ويجرى استفتاء على ما اتخذته من اجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها .

الثاني : في المادة ١٤٧ : وهي التي تقول : « اذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الاسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدورها اذا كان المجلس قائما . وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته . فاذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة الى اصدار قرار بذلك . واذا عرضت ولم يقرها زال ما كان لها من قوة القانون ، الا اذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر » .

وهذا النص لا يخرج في مضمونه عما رددته من قبل الدساتير المصرية المتعاقبة .

(١) الدكتور محمود حلمي - النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة - ص ٢٤٩ - ٢٥٣ طبعة ١٩٦٥ م .

٧٧ - أما المادة ٧٤ المشار إليها فهي محل نظر من وجوه كثيرة تقتصر منها على ما يأتي :

أولا : أن هذه المادة لم تشر الى ما يدعم رأى رئيس الجمهورية في تقدير الظروف الاستثنائية ومدى خطورتها • حيث جعلت رأى الرئيس وحده هو المرجع في تقدير هذه الظروف • وذلك على عكس المادة ١٦ من الدستور الفرنسى حيث اشارت الى أخذ رأى رئيس مجلس الوزراء ورئيس الجمعية الوطنية الفرنسية •

ثانيا : أن المادة ٧٤ من الدستور المصرى (سنة ١٩٧١) لم تشر الى ضرورة الانعقاد الدائم لمجلس الشعب خلال فترة اتخاذ هذه الاجراءات • فى حين أن المادة ١٦ من الدستور الفرنسى نصت المادة على ضرورة أن تكون الجمعية الوطنية الفرنسية فى حالة انعقاد دائم • وفى النص صراحة على هذا الشرط ضمانه هامة لا مجال لانكارها •

ثالثا : نصت المادة ٧٤ المذكورة على أنه يجرى استفتاء على ما اتخذته الرئيس - من اجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها « • • والملاحظ أن هذه الفترة طويلة نسبيا ، وربما يغنى عنها مدة أسبوع أو أسبوعين • مراعاة لتلك الظروف العاجلة التى اتخذت فيها تلك الاجراءات (١) •

(د) الضرورة فى العلاقات الدولية

٧٨ - نظرية الضرورة فى العلاقات الدولية ليس لها تطبيقات فى الفقه الاسلامى ، اللهم الا اذا توسعنا فى فهم مدلول الضرورة ، وادخلنا فى مضمونه حالة الدفاع الشرعى ، اذ أن الله عز وجل يقول : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين » (٢) ويقول سبحانه : « وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين » (٣) •

(١) الدكتور يحيى الجمل - المرجع السابق - ص ١٩٢ - ٢٠٦ •
الدكتور احمد مدحت على - نظرية الظروف الاستثنائية - دراسة مقارنة فى مصر وفى فرنسا ص ١٠٠ - ١٠٢ •

(٢) سورة البقرة الآية رقم (١٩٤) •

(٣) سورة البقرة الآية رقم (١٩٠) •

وفي غير هذه الحالة ليس للضرورة أى أثر فى العلاقات الدولية طبقا لاحكام الشريعة الاسلامية . فلا يجوز شرعا الاعتداء على أى دولة من الدول بحجة قيام حالة الضرورة طالما أن هذه الدولة لم يصدر منها أى عمل عدوانى يهدد المسلمين .

وغنى عن البيان أن موضوع الرسالة هو الضرورة بمعناها الخاص .
واذن فلا أثر لها فى العلاقات الدولية على الاطلاق .

٧٩ - وقد استقر رأى بين شراح القانون الدولى العام - فى الوقت الحاضر - على أن لكل دولة الحق فى أن تعمل كل ما فى وسعها للمحافظة على وجودها وذلك استنادا الى حقها فى البقاء كما أن كل دولة من حقها أن تتخذ الوسائل الكفيلة بحمايتها من كل خطر خارجى يهددها ، فالدفاع الشرعى حق لكل دولة ضد أى خطر خارجى يهددها وذلك أمر لا جدال فيه (١) .

٨٠ - أما القول بأن نظرية الضرورة تبيح للدول أن تفعل شيئا أكثر من الدفاع عن نفسها بحجة قيام حالة الضرورة فهذا ما لم يقل به أحد ، الا الشراح الالمان الذين ذهبوا الى أن « للدولة بجانب حقها فى الدفاع عن نفسها حقا آخر يبرر لها القيام بأى عمل عدوانى ضد أى دولة بريئة مادام ذلك العمل تستدعيه حالة الضرورة . ويكفى للقول بقيام الضرورة أن تدعى الدولة وجود حالة تستدعى المحافظة على مصالحها وكيانها (٢) . وهذا هو ما حدث من الالمان فى الحربين العالميتين الأولى والثانية :

أما فى الحرب العالمية الأولى (١٩١٤ - ١٩١٨) فقد احتلت القوات الالمانية دولتى بلجيكا ولكسمبورج رغم أنهما فى ذلك الوقت كانا من الدول المحايدة عسكريا .

هذا الاقتحام الالمانى على زعم أن سلامة المانيا كانت تقتضى احتلالهما عسكريا ونشر أحد شراحهم المعروفين فى نفس الوقت كتابا بعنوان : حق

(١) وقد أكدت المادة ٥١ من ميثاق هيئة الأمم المتحدة انه ليس من شأن حظر الالتجاء الى اعمال العنف لتسوية الخلافات الدولية اضعاف الحق الطبيعى للدول فرادى وجماعات فى الدفاع عن نفسها اذا اعتدت قوة مسلحة على احداها .

(٢) الدكتور ادوارد توفيق - فى رسالته بالفرنسية - السابق الاشارة اليها - ص ٥٧ وما بعدها . الاستاذ الدكتور على صادق ابوهيف : القانون الدولى العام - القاهرة ١٩٦٠ ص ١٦٥ .

الضرورة ، برر فيه مسلك دولته ودافع عنه » (١) . واما في الحرب العالمية الثانية فقد ارتكبت المانيا سلسلة من الاعتداءات مستترة تحت اسم « الضرورة » فاقترحت القوات النازية الدنمارك والنرويج ثم هولندا وبلجيكا ، وذلك على الرغم من أن هذه الدول الأربع لم تكن واحدة منها طرفا في الحرب ، ولم يبد من أى منها تصرف ما يدل على مخالفتها لقواعد الحياد .

٨١ - وهذا الحق المزعوم لا يمكن التسليم به ، وهو منتقد من الغالبية العظمى من رجال القانون الدولي العام . ويمكن تلخيص أساسيد شراح القانون الدولي العام فيما يلي :

اولا : أن التسليم بوجود حق الضرورة في العلاقات الدولية يؤدي الى هدم مبادئ القانون الدولي العام من أساسها وذلك بالاعتراف بقيام سبب قانوني ترتكن اليه كل دولة تريد التوسع في سياستها العدوانية (٢) . فهو على هذا ليس الا ستارا تغطى به الدول عدوانها كي تظهر للعالم بمظهر الدولة التي تدفع عن حقوقها الشرعية (٣) .

ثانيا : ان الاعتراف بهذا الحق يتعارض مع ما للدولة المعتدى عليها من حق في بقائها وحماية كيانها ، وهو خطأ جسيم ، يتعارض مع المنطق القانوني ، اذ لا يتصور أن يكون هناك حق ضد هذا الحق (٤) .

ثالثا : أن الضرورة في علاقات الدول تختلف تماما عنها في علاقات الأفراد ، ذلك أن القول بقيام حالة الضرورة في القانون الداخلي خاضع لتقدير المحاكم أو البرلمان تبعاً لما اذا كانت الواقعة بصدد قاعدة من قواعد قانون العقوبات أو من قواعد القانون العام ولا توجد سلطة مماثلة في القانون الدولي ، بل لا يوجد هناك الا « انعقاد قانوني اكيد » لهذه السلطة (٥) . واذن فالدول الميالة للعدوان هي التي تتحكم في القول بوجود حالة الضرورة « وفقا لما تمليه عليها اطماعها ومصالحها الخاصة فتتخذ منها شعارا لتغطية اشنع الجرائم الدولية » (٦) .

(١) الدكتور على صادق ابوهيف - المرجع السابق - نفس الموضع .

(٢) الدكتور على صادق ابوهيف - المرجع السابق - ص ١٩٥ .

(٣) الدكتور ادوارد توفيق - المرجع السابق ص ٩٠ - ٩١ .

(٤) المرجع السابق ص ٨٧ . وقد جاء في هذا الموضع :

(٥) المرجع السابق ص ٩١ .

(٦) الدكتور على صادق ابوهيف - المرجع السابق - ص ١٩٥ .

٨٢ - وهناك فارق آخر على ما يبدو لى - بين الضرورة فى علاقات الدول وبينها فى علاقات الأفراد ، ذلك الفارق ينحصر فى امكان تصور كل منهما •

فاذا امكن أن يتصور فى القانون الداخلى قيام خطر يهدد النفس ويتوقف تجنبه على المساس بحقوق الآخرين ، فذلك غير متصور فى العلاقات الدولية الا اذا كان هناك هجوم من دولة على أخرى أو على الاقل وجود تصرفات تدل على نوايا عدوانية • هنا فقط يمكن القول بوجود حالة الدفاع الشرعى •

أما فى غير هذه الحالة فليس من المتصور قيام الضرورة فى علاقات الدول حتى تستبيح دولة استقلال دولة أخرى بقوة السلاح (١) •

وعلى ذلك فان الدولة التى قد تدعى حالة الضرورة انما تدعى سببا لا وجود له فى الواقع وتتخذ من ادعائها هذا ذريعة للتدخل السياسى والعسكرى (٢) • وقد نصت المادة الثالثة من مشروع اعلان حقوق وواجبات الدول المقدم الى مجمع القانون الدولى سنة ١٩٢١ على أنه « ليس لاية دولة - ولو لانقاذ كيانها - أن تقوم بأى عمل ضد كيان دولة أخرى لا تهددها » (٣) •

٨٣ - وهكذا يظهر لنا أن الرأى الذى يكاد يكون مجمعا عليه بين الشراح هو عدم الاعتراف بأى أثر للضرورة - بمعناها الخاص - فى العلاقات الدولية وهو ما قرره الشريعة الفراء منذ أربعة عشر قرنا من الزمان كما سبق تقرير ذلك •

(١) نعم قد يتصور العقل أن دولة صغيرة يكتسحها الفيضان فتضطرب الى تهجير سكانها الى دولة أخرى مجاورة لانها فى حالة ضرورة • غير أن هذه الحالة على فرض وقوعها لا تبرر اشتباكا مسلحا لان دخول أفراد الدولة المنكوبة لا يمكن تصوره على أنه احتلال عسكرى •

(٢) الدكتور ادوارد توفيق - المرجع السابق ص ٨٩ •

(٣) النص الكامل للمشروع فى مجموعة ليفور وشكلافر ص ١٠ •
أشار اليه الدكتور صادق أبوهيف - المرجع السابق - نفس الموضع •

القسم الأول النظرية العامة للضرورة

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الباب الأول

في

ما هية الضرر

٨٤ - الكلام عن ماهية الشيء يستلزم - بطبيعة الحال - البحث في تعريفه ، ثم تمييزه عن الامور التي تماثله أو تقترب منه في معناه أو في أثره .
واذن فمن المتعين علينا عند بيان ماهية الضرورة أن نوضح حقيقتها ، ثم نفرق بينها وبين غيرها من الامور التي قد تشبه بها أو تختلط معها في معناها أو تقترب منها في أثرها .

وعلى ذلك فانا سنخصص الفصل الأول من هذا الباب لبيان تعريف الضرورة وأما الفصل الثاني فسنفرده للتفرقة بين الضرورة وبين غيرها من الاعذار الأخرى .

الفصل الأول

تعريف الضرورة

٨٥ - تتوقف معرفتنا لحقيقة الضرورة في الفقه الاسلامي على معرفة حقيقتها في اللغة العربية .

المعنى اللغوي للضرورة :

٨٦ - الضرورة في اللغة كلمة تدل على المبالغة في الضرر ومعناها بلوغ من قامت به أقصى غايات الضرر ، بان صار في حالة تهدده بخسر محقق ، يصبح معها مجبرا على فعل شيء معين يدفع عنه ذلك الخطر .
ولهذا فقد قال علماء اللغة : أن الضرورة اسم للاضطراب الذي هو الاجاء

بالقوة والقهر (١) ، بمعنى أنها تدل عليه وتوحى بقيامه . على أنه يستوى أن تكون تلك القوة - التي نشأت الضرورة عنها - طبيعة أو يكون للانسان دخل في وجودها . أى أن الضرورة تقوم بغض النظر عن المصدر الذى نشأت عنه ، « لان الاضطرار الى الشيء هو الالجاء اليه ، وهذا الالجاء عام يشمل ما اذا كان الملجئ انسانا أو غيره » (٢) .

حقيقة الضرورة شرعا :

٨٧ - تكلم الفقهاء كثيرا عما يباح للمضطر من المظورات ولكنهم لم يتكلموا كثيرا عن تعريف الضرورة مما جعلنى الجأ أولا الى كتب التفسير (٣) .

(١) فقد جاء في لسان العرب : « الضرورة اسم لمصدر الاضطرار . تقول حملتنى الضرورة على كذا وكذا وقد اضطر فلان الى كذا وكذا . بناؤه افتعل افجعلت لتاء طاء لان التاء لم يحسن النظر اليها مع الضاد ، وجعله عز وجل : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد » أى فمن الجئ الى اكل الميتة وما حرم وضيق عليه الأمر بالجوع ، واصله من الضرر (لسان العرب - باب الرء فصل الضاد - ج ١٩ ص ٤٨٣ - ٤٨٤ دار صادر دار بيروت) . ويراجع ايضا تاج العروس ج ٣ ص ٣٥٧ - ٣٥٨ .

القاموس المحيط ج ٥ ص ٧٤ طبعة ١٣٠١ هـ « الطبعة الثالثة اميرية » . المصباح المنير باب الضاد مع الرء وما يثلاثهما ج ٢ ص ٤ طبعة ١٣١٢ هـ . وقد جاء في هذه المراجع اللغوية أن الاحتياج من معانى الاضطرار ، وان الحاجة من معانى الضرورة (تراجع المواضع المشار اليها) - كما جاء ايضا في كشاف اصطلاحات الفنون الذى باصطلاحات العلوم مشحون ج ٢ ص ٨٧٧ وما بعدها طبعة ١٢٧٨ هـ . كنتكا ان (الضرورة في اللغة هي الحاجة وعند أهل السلوك هي ملا بد للانسان في بقائه . . وعند المنطقيين عبارة عن استحالة انفكك المحمول عن الموضوع ، ثم بعد أن شرح هذه المعانى قال ان « الضرورة لغة يطلق على ما اكراه عليه وعلى ما تدعو الحاجة اليه دعاء قويا . . وعلى ما سلب فيه الاختيار على الفعل والترك كحركة المرتعش ، ثم بين اخيرا أن الضرورة مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا مدفع له . كشاف اصطلاحات الفنون ج ٢ ص ٨٧٧ - ٨٨٠ طبعة ١٣٧٨/م ١٨٦٢ هـ كنتكا .

(٢) فضيلة المرحوم الشيخ محمد زكريا البرديسى . الاكراه بين الشريعة والقانون بحث قيم منشور في مجلة القانون والاقتصاد س ٣١ ص ٢ .

(٣) سبب آخر دعانى الى تقديم البحث عن تعريف الضرورة في كتب التفسير هو مظنة وجود مثل هذا التعريف نظرا لتعدد الآيات الكريمة الواردة في اباحة المطاعم المحرمة عند الاضطرار .

الضرورة عند علماء التفسير :

٨٨ - لم يخرج علماء التفسير عن المعنى اللغوي الذي سبقت الإشارة إليه . فقد قال العلامة ابن العربي (١) في بيان معنى الاضطرار « تعريفه اغتعل من الضرر كقوله افتنن من الفتنة أى ادركه ضرر وجد به . ثم يقول بعد ذلك : وحققنا أن المضطر هو المكلف بالشئ الملجأ إليه المكره عليه ولا يتحقق اسم المكره لمن قدر على الشئ . الا أنه قد يكون عند علمائنا المضطر الملجأ . وقد يكون المحتاج ولكن المضطر ملجأ حقيقة والمحتاج مضطر مجازا . وما ذهبنا إليه هو اللغة والمعروف عند العرب » (٢) .

وقد تعرض العلامة ابو بكر الرازى الخصاص (٣) الى بيان معنى الضرورة فقال : « ومعنى الضرورة هنا هو خوف الضرر على نفسه وبعض اعضائه » (٤) وهذا التعريف يكاد يقترب من تحديد المقصود من الضرورة . ولكنه لا يعتبر تعريفها لها بالمعنى الذى نريده . وذلك للسببين الآتين :-
الاول : أن الضرر قد يكون محتملا فلا تقوم حالة الاضطرار . وهذا يدهى لا يحتاج الى تأكيد . والسبب الثانى انه على فرض قبوله فلا يصدق على حالات الضرورة القائمة بالغير كما لا يشمل ضرورة المحافظة على الاموال .

والواقع أن كلا من هذين السببين لا يعتبر مأخذا على عبارة الجصاص لانه رحمه الله لم يكن يريد أن يعرف الضرورة بمعناها العام ، وانما اراد

(١) هو : محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن احمد الامام الحافظ القاضى ابو بكر المعروف بابن العربى الفقيه المالكى من علماء الاندلس . له كتب منها احكام القرآن توفى رحمه الله سنة ٥٤٣ هـ .
(٢) احكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ٢٤ طبعة ١٣٣١ هـ اولى سعادة .

(٣) هو : احمد بن على ابو بكر الرازى الجصاص كان امام الحنفية في عصره ، واستقر له التدريس ببغداد . له مؤلفات منها : احكام القرآن وشرح مختصر الكرخى ، وشرح مختصر الصحاوى وشرح جامع محمد وكتاب فى اصول الفقه . وشرح الاسماء الحسنى . ولد ببغداد سنة ٣٠٥ هـ وتوفى رحمه الله فى ذى الحجة سنة ٣٧٠ هـ .

(٤) احكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٥١ طبعة ١٣٤٧ هـ ١ المطبعة البهية .

فقط بيان المقصود منها في مجال معين (١) .

الضرورة عند الفقهاء :

٨٩ - أما كتب الفقهاء فلم أجد - فيما اطلعت عليه منها - تعريفا للضرورة يمكن الاعتماد عليه كلية في وضع تعريف عام لنظرية الضرورة . بحيث يشتمل كل ما تصدق عليه من حالات (٢) . لكنني اطلعت على بعض عبارات فقهية جاءت على لسان بعضهم أستطيع عن طريقها التوصل الى التعريف العام للضرورة الذي يشمل كل حالاتها .

(١) وهو مجال تفسير بعض آيات القرآن الكريم التي تتكلم عن بعض المحرمات وتستثنى منها حالة الضرورة . ويلاحظ اني اكتفيت بما اشار اليه ابن العربي والجصاص ، لان غالبية المفسرين قد تكلموا في هذا المقام بما لا يخرج عن معنى الاجاء . وليس هناك ما يدعو الى سرد جميع ما قاله كل مفسر . ويكفي هنا الاشارة الى بعض مراجع التفسير التي استفدنا منها كثيرا في هذا الموضوع .

تفسير القرطبي ص ٦٠٢ - ٦١٢ طبعة الشعب - تفسير الحافظ ابن كثير ج ١ ص ٣٨٢ - ٣٨٤ . طبعة ١٣٤٣ هـ . وتفسير الامام البقوى المسمى معالم التنزيل ج ١ ص ٣٨٢ - ٣٨٣ بهامش ابن كثير . صفوة البيان لمعاني القرآن ج ١ ص ٥٧ .

(٢) لذلك فانه اذا كانت مسألة تعريف حالة الضرورة في القانون الوضعي لا تثير صعوبة ما . فانها في الفقه الاسلامي تحتاج الى مزيد من البحث والتمحيص . وليس ذلك راجعا الى عدم الوصول الى تعريف يوضح حقيقتها وانما الى عدم وجود تعريف عام يشمل كل حالات الاضطراب؛ يمكن اسناده الى فقيه بعينه . ولعل صعوبة الوصول الى ذلك مردها الى أن فقهاءنا رضي الله عنهم قد اكتفوا بوضوح معناها اللغوي - الى حد ما وهو لا يكاد يختلف عنه في الاصطلاح الفقهي .

ويعلم الله اني قرأت كتابا بأكملها بحثا عن تعريف عام للضرورة . ومن هذه الكتب : طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية علي الفاظ كتب الحنفية للامام العلامة ابي حفص عمرو بن محمد بن احمد بن اسماعيل النسفي المتوفى سنة ٥٣٧ هـ . طبعة ١٣١١ هـ دار الطباعة العامة بالقاهرة . ومنها تأسيس النظر لابي عبد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي - المتوفى سنة ٤٣٠ هـ . ومنها رسالة الكرخی في الاصول التي عليها مدار فروع الحنفية . ومن هذه الكتب ايضا شرح حدود الامام ابي عبيد الله محمد بن عرفة المتوفى سنة ٨٣٠ هـ للامام الهادي قاضي الجماعة ابي عبد الله محمد الانصاري المشهور بالصباغ التونسي المتوفى سنة ٨٩٤ هـ الطبعة الاولى بالمطبعة التونسية سنة ١٣٥٠ هـ (تونس) .

٩٠ - ومن ذلك ما جاء على لسان العلامة السيد أحمد بن محمد المعروف بالحموى (١) . وقد قال في حاشيته على الاشياء والنظائر لابن نجيم (٢) معرفا للضرورة بأنها « بلوغه حدا أن لم يتناول الممنوع يهلك » (٣) .

وقد ساق رحمه الله هذا التعريف وهو بصدد شرحه لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات .

غير أن هذا التعريف قاصر عن شمول معنى الضرورة لكل ما تصدق عليه ، فالضرورة - بناء على هذا التعريف - لا تصدق الا على حالة واحدة هي من يضطر الى تناول شيء محرم ليحفظ به نفسه من الهلاك الذى قد ينشأ عن جوع مهلك أو عطش متلف أو مرض قاتل بدليل قول صاحب التعريف أن لم يتناول الممنوع يهلك .

واذن فالمأخذ على هذا التعريف انه غير جامع لقصوره عن شمول كثير من حالات الضرورة - التى سنبينها فيما بعد - والتى لها أهمية بالغة ، وذلك مثل حالات الضرورة القائمة بالغير ، وحالات الضرورة التى تستدعى التدخل لانتفاذ الاموال من التلف (٤) .

٩١ - وأما فقهاء المالكية فقد أشاروا الى تعريف الضرورة عن طريق الاستطراد فى شرح بعض أحكام الإطعمة المباحة وغير المباحة ، وقد قالوا فى تعريف الضرورة انها « الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا » (٥) .

(١) هو : السيد أحمد بن محمد المعروف بالحموى نسبة الى حماه . من مؤلفاته حاشية على الاشياء والنظائر لابن نجيم . وكتاب كشف الرمز عن خفايا الكنز توفى رحمه الله ١٠٩٨ هـ .

(٢) هو : زين الدين بن ابراهيم بن محمد . فقيه حنفى مصرى . له تصانيف منها الاشياء والنظائر . ومنها البحر الرائق فى شرح كنز الدقائق . وغيرها توفى رحمه الله ٩٧٠ هـ .

(٣) حاشية الاشياء والنظائر المسماه غمز عيون البصائر على محاسن الاشياء والنظائر ص ١٠٨ طبعة ١٨٨٩ م .

(٤) وايضا فلو توسعنا فى معنى الاضطرار لامكن القول بان هذا التعريف لا يشمل حالة الاكراه وحالة الدفاع الشرعى . لانهما من تطبيقات الضرورة بمعناها الواسع .

(٥) الشرح الكبير لسيدى ابي البركات أحمد الدردير ج ٢ ص ١١٥ . طبع المكتبة التجارية . شرح الزرقانى ج ٣ ص ٢٨ طبعة ١٣٠٧ هـ . شرح الخرشي ج ٣ ص ٣٢٦ طبعة ١٣١٦ هـ . وحاشية العدوى عليه

وهذا التعريف جامع لكل حالات الضرورة القائمة بالنفس فهو يشمل حالة الضرورة القائمة بنفس الفاعل ، وحالة الضرورة القائمة بنفس الغير . كما يصدق على حالة دفع الصائل وحالة الاكراه .

ولولا أن هذا التعريف لا يصدق على حالة الضرورة المتعلقة بالاموال لما ترددنا في اعتباره التعريف العام الذي نبتغي الوصول اليه . وكونه لا يصدق على ضرورة المحافظة على الاموال لا يعتبر مأخذا يوجه الى التعريف . ذلك أن الذين قالوا به انما ساقوه وهم بصدد حالات الضرورة التي تبيح للشخص أن يتناول المطعوم أو المشروب المحرم . فلم يجدوا مجالا للكلام عن الاموال .

استخلاص التعريف :

٩٢ - ومن كل ما تقدم نستطيع أن نعرف الضرورة بانها : خوف الهلاك على النفس أو المال .

وقد استخلصنا هذا التعريف من اقوال علماء المالكية . حيث اقتضت ظروف دراستنا لنظرية الضرورة أن نعرفها تعريفا عاما يصدق على كل حالاتها فرأينا أن نضيف الى ما قاله هؤلاء الفقهاء - رضى الله عنهم - ما يجعل التعريف شاملا لحالة الضرورة المتعلقة بالاموال . وغنى عن البيان اننا أشرنا حالا الى أن تعريف المالكية يجمع كل حالات الضرورة المتعلقة بالنفس .

ولا ننسى أن التعريف الذي استرشدنا به نص على أن خوف الهلاك قد يكون علما أى آمرا متيقنا . وقد يكون ظنا ويراد به الظن الراجح . وهو المبني على أسباب معقولة .

ولكننا لم نشر الى ذلك فى التعريف الذى اتهمنا اليه ذلك أن العلم أو الظن الراجح أمر مفترض فى الخوف . والا لما سمي خوفا .

● تعريف الضرورة فى القانون الوضعى

٩٣ - تعريف حالة الضرورة لدى شراح قانون العقوبات لا يشور بشأنه شئ ما من الصعوبات بل أن تعريف حالة

بنفس الموضع المشار اليه . وقد علق الشيخ العدوى على ذلك بقوله : « وهل الاضطراب خوف الهلاك أو خوف المرض ؟ قولان لمالك والشافعى » قال « فذهب مالك الى أن الاضطراب خوف الهلاك » .

الضرورة يعتبر من أسهل المسائل التي تتعلق بمشكلة الضرورة في الدراسات القانونية (١) .

ولكن يبدو أن فريقا من شراح القانون الوضعي يرى أنه يجب أن يكون تعريف حالة الضرورة شاملا لاحصاء دقيق للشروط اللازمة لقيام هذه الحالة (٢) .

ويرى البعض الآخر انه يكفي لتعريف حالة الضرورة أن تكون عبارة التعريف من شأنها تحديد هذه الحالة تحديدا كافيا (٣) أما الشروط فالظاهر أنهم لا يرون الإشارة إليها صراحة في التعريف .

• ولعله لا فرق بين الرأيين الا فيما استلزمه الرأي الاول من اشتمال التعريف على احصاء دقيق لشروط حالة الضرورة . فذلك غير لازم - في نظري - اذ يكفي في اعتبار التعريف مقبولا أن يكون محددا للمعنى الضرورة تحديدا كافيا . أما الشروط فلا يلزم الإشارة إليها صراحة في الفاظ التعريف ، وانما يمكن أخذها منه بطريق الاستنباط ، فالمطلوب في التعاريف أن تكون مبينة لحقيقة الشيء بأقل عبارة ممكنة .

هذا وسأشير الى تعريف حالة الضرورة لدى بعض الشراح الفرنسيين وغيرهم ثم أتناول تعريفها في ظل قانون العقوبات المصري .

تعريف حالة الضرورة عند الفرنسيين :

٩٤ - يقول مانيول : توجد حالة الضرورة كلما وجد التزام بالالتجاء الى فعل جنائي من أجل انقاذ حق أو مال (٤) .

وقد اعترض بعض الشراح على هذا التعريف بأنه تعريف تنقصه الدقة ، حيث لم يبين لنا - حسب قوله - ما هي طبيعة الخطر الذي يهدد الفرد الى الدرجة التي تدفعه الى مخالفة قانون العقوبات (٥) .

(١) فوريه - المرجع السابق - ص ٧ .

(٢) ادوارد توفيق - المرجع السابق - ص ١٦ .

(٣) فوريه - المرجع السابق - ص ٨ .

(٤) مانيول : القانون الجنائي ص ١٠١ .

On peut dire qu'il y a état de nécessité toutes les fois

qu, pour la sauvegarde d'un droit ou d'un bien, on est obligé d'avoir recours à un acte delictueux MAGNOL : Droit criminel p. 101.

(٥) الدكتور ادوارد توفيق - المرجع السابق - ص ١٦ .

(م ٦ - نظرية الضرورة في الفقه الجنائي)

ولكنى ألاحظ أن عبارة :

«pour la sauvegard d'un droit ou d'un bien»

الواردة في التعريف تفيد أن هناك خطرا جسيما حالا يهدد حقا بالضياع الأمر الذى يستدعى الالتجاء الى ارتكاب جريمة معينة لتجنب ذلك الخطر .

٩٥ - وقد عرف هوجيني حالة الضرورة بقوله : « هي موقف الشخص الذى لا توجد لديه وسيلة لكى ينقذ حياته أو حياة غيره الا بارتكاب عمل يحرمه قانون العقوبات » (١) .

كما عرفها الأستاذ فالتر WALTER بقوله : « انها حالة الشخص الذى - لكى يتفادى ضررا جسيما جدا - لا يتردد فى الاضرار بحقوق الآخرين الأبرياء والذين لم يعتدوا » (٢) .

وقد اعترض البعض أيضا على هذين التعريفين نفس الاعتراض الذى ورد على تعريف الأستاذ مانيول (٣) أى أن كلا منهما تنقصه الدقة ، حيث انهما لم يوضحا طبيعة الخطر الذى يهدد الشخص ويكون دافعا الى ارتكاب الجريمة .

٩٦ - وعندى أنه لا يمكن التسليم بقبول هذا الاعتراض بالنسبة لأى من التعريفين ، أما تعريف هوجيني فانه يفيد أن هناك خطرا جسيما حالا ليس فى الامكان دفعه الا بارتكاب الجريمة وهذا ما تؤكد به عبارة :

Pour sauver sa vie ou celle d'autrui, n'a d'autres moyens que d'accomplir un acte interdit ...».

HUGUENEY (p) : Traité de justice militaire, p. 101 (1) (paris, sirey 1933).

هوجيني : القضاء العسكرى ص ١٠١ (باريس سيري ١٩٣٣) .
وهذا نص عبارته :

«C'est la situation d'un individu qui, pour sauver sa vie ou celle d'autrui n'a d'autres moyens que d' accomplir un acte interdit par la loi penale».

WALTER, Droit de faire justice à soie-même en Commentat (٢) un delit p. 14. (these lyen).

فالتر : حق الشخص فى اقامة العدالة لنفسه . رسالة ليون ص ١٤ .
وفى هذا الموضع يقول :

L'état de nécessité, est l'état d'un individu qui, pour éviter un mal plus grave, n'hésite pas à léser le droits d'un tiers complètement innocent et inoffensif».

(٣) الدكتور ادوارد توفيق - المرجع السابق - ص ١٧ .

فما الذى يراد منه فى بيان طبيعة الخطر الدفع الى ارتكاب الجريمة أكثر من أن يقول « ليست هناك طريقة أخرى لانقاذ نفسه أو نفس غيره إلا بارتكاب عمل يحرمه قانون العقوبات ؟ بل أن كلمة انقاذ تكفى بذاتها للدلالة على الخطر المحدق الذى يكاد يؤدي بحياة الفاعل أو حياة غيره مما يوجب التدخل للانقاذ ولو عن طريق السلوك المحرم .

أما النقد الحقيقى - فى نظرى - والذى يمكن توجيهه الى تعريف هوجينى فهو أنه لا يصدق على حالة الضرورة المتعلقة بالمال . وهو نقد غير معتبر بالنسبة لبعض التشريعات التى تجعل أثر حالة الضرورة مقصورا على وقاية النفس فقط ولا نعترف بأثرها فى جرائم الاموال . وذلك مثل التشريع المصرى .

ولكنه محل نقد كبير فى الفقه ، حيث يكاد الرأى يجتمع على وجوب الاعتراف بأثر حالة الضرورة فى جرائم الاموال ، وقد سلكت معظم التشريعات الحديثة هذا المسلك .

٩٧ - وقد عرف دونديه دى فابر حالة الضرورة فقال : « هى حالة الشخص الذى يرتكب عملا اجراميا - فى ذاته - من أجل أن ينفذ حقا أو مالا » (١) .

وهو تعريف فى غاية من الدقة والأحكام ، حيث عبر عن حالة الضرورة بأوجز عبارة وهى فى نفس الوقت تعم الضرورة المتعلقة بالنفس وتلك المتعلقة بالمال (٢) .

(١) Donnedieu De vabres, Droit Criminel n° 379, p. 189.

دونديه دى فار : القانون الجنائى رقم ٣٧٩ ص ١٨٩ . ويراجع أيضا فى تعريف حالة الضرورة فى فرنسا :

Garraud, Droit pénal français, 3° ed, T; er n° 343, p. 680 681.

جارو ، قانون العقوبات الفرنسى - الطبعة الثالثة ج ١ رقم ٣٤٣ ص ٦٨٠ - ٦٨١ .

(٢) قد يقال أن هذا التعريف تنقصه الدقة من حيث أنه نص على المال صراحة فى حين أن كلمة (حق Droit) الواردة فى التعريف تكفى للدلالة على النفس والمال ، والواقع أن النص على المال صراحة فى التعريف له فائدة لا تنكر ، إذ أنه يرفع الإيهام الذى قد يتطرق الى الذهن من اقتصر أثر الضرورة على النفس فقط لان أثرها على المال مختلف فيه فجاءت هذه الكلمة لنفى هذه الشبهة . وقد عرف بول فوربيه حالة الضرورة بانها : « الحالة التى يوجد فيها شخص لا يستطيع - لسبب معقول -

تعريف الضرورة في ظل القانون المصرى :

٩٨ - تكلم الشراح فى مصر عن حالة الضرورة بما يبين حقيقتها ويوضح معناها . فقد قال عنها الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد : « حالة الضرورة هى أن يجد الانسان نفسه فى ظروف تهدده بخطر لا سبيل الى تلافيه الا بارتكاب جريمة ولا يكون هذا الخطر قد وجه اليه عمدا بقصد الجائه الى ارتكابها » (١) . بيد أننا لم نجد فى هذا التعريف اشارة الى حالة الضرورة القائمة بالغير . وهو ما أشار اليه أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى من أن الضرورة هى أن يجد الانسان نفسه أو غيره مهددا بضرر جسيم على وشك الوقوع فلا يرى سبيلا للخلاص منه الا بارتكاب الفعل المكون للجريمة » (٢) . أما أستاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى فقد قال « حالة الضرورة هى مجموعة من الظروف تهدد شخصا بالخطر وتوحى اليه بطريق الخلاص منه بارتكاب فعل اجرامى معين » (٣) .

٩٩ - ويلاحظ على تعريفات الشراح فى مصر أنهم ينصون صراحة على أن يكون الخطر محدقا بنفس الفاعل ، أو بنفس الغير (٤) ولا تكاد نجد ما يشير الى الخطر المتعلق بالمال ، وسبب ذلك أن قانون العقوبات

انتقاذ مال أو مصلحة أو حق الا بارتكاب الفعل الذى - اذا ابعدت الظروف المحيطة به - يعتبر اجراميا (فورييه المرجع السابق ص ٧) . وهو تعريف جامع مانع بلاشك . ولكن يؤخذ عليه خروجه عما هو متبع فى التعريفات من كونها تؤدى الى المعنى المقصود منها بأقل عبارة ممكنة . . أما فورييه فقد افترط فى العبارة مما جعلها تكاد تصبح غامضة . بيد أن تعريفه حدد المعنى المطلوب تحديدا كافيا . وقد اعجبني فورييه حين قال بنفسه عن هذا التعريف : « Définition sans doute vague, mais suffisamment précise circonscrire la nation ».

تعريف غامض دون شك ولكنه محكم للغاية من حيث تحديد المبدأ (فورييه المرجع السابق ص ٨) .

- (١) الأحكام العامة فى قانون العقوبات ص ٤٤٥ طبعة ١٩٦٢ .
- (٢) شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٣٢٦ بند ٣٣ . طبعة ١٩٥٥ . ونفس المؤلف طبعة ١٩٦٤ رقم ٣٢٠ ص ٤١٣ .
- (٣) شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٦٦٦ طبعة ١٩٦٢ .
- (٤) الأستاذ الدكتور عبد المهيم بكر سالم حيث قال فى رسالته القصد الجنائى « وأما حالة الضرورة فهى وضع يوجد فيه شخص لا يستطيع ان يتفادى خطرا أو ضررا جسيما محدقا به أو بنفس الغير دون أن يأتى فعلا أو امتناعا يعد فى ذاته جريمة ، رسالة القاهرة ١٩٥٩ ص ١٨٧ .

المصرى قصر حكم المادة «٦١» منه على الخطر المتعلق بالنفس مما جعل الشراح يحاولون أن يكون تعريفهم لحالة الضرورة في حدود نص المادة المذكورة ، ومع ذلك فإن موقف قانون العقوبات المصرى محل نقد كثير من شراحه (١) كما سنرى تفصيل ذلك في موضعه .

ملاحظة عامة :

١٠٠ - ولنا ملاحظة عامة على تعريف حالة الضرورة في القانون الوضعى تتلخص في أن الشراح عموما - سواء في ذلك الشراح الاوربيون أو الشراح المصريون - قد ربطوا في تعريفاتهم السابقة لحالة الضرورة بين الخطر الحال وبين طريق الخلاص منه ، فتراهم ينصون في عباراتهم على ما يفهم منه أن ارتكاب جريمة الضرورة جزء من تعريف حالة الضرورة وذلك مثل عبارة « لا سبيل الى تلافيه الا بارتكاب الجريمة » أو على حد تعبير الشراح الفرنسيين

« n'ad' autres moyens que d'accomplir un acte interdit par la loi pénale »

ومن رأى أن قيام حالة الضرورة مستقل عن طريق التخلص منها ، فحالة الضرورة شيء . ووسيلة التخلص من الخطر الحال شيء آخر .

وهذه الوسيلة أما أن تكون فعلا يحرمه قانون العقوبات كما هو الغالب في الصور التى تعرض على القضاء . وأما أن تكون فعلا لا يعد جريمة كما هو الواقع في كثير من الأحيان .

فمثلا في البائس الفقير الذى وصلت به حالة الجوع الى درجة الهلاك يصبح في حالة ضرورة تبرر له أن يسرق رغيفا لانقاذ حياته ، ولكن اذا نبرع له شخص بطعام يسد رمقه ويدفع عنه الهلاك ، فانه - بذلك - يكون قد تخلص من الخطر الحال بوسيلة مشروعة .

وأياضا المريض الذى يصل به المرض الى درجة الخطورة يكون في حالة ضرورة ، فاذا تدخل أحد الاطباء لمعالجته ، فان الخطر يزول عنه وبذلك يكون الطبيب قد خلصه من الخطر الذى يهدد حياته بوسيلة مشروعة .

(١) الأستاذ الدكتور مصطفى القلى - المسؤولية الجنائية - ص ٤٢٥ .
الأستاذ الدكتور محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣٢٨ رقم ٣٣١ .
والأستاذ الدكتور عبد المهيم بكر سالم - المرجع السابق - ص ١٩٠ رقم ١٢٨ .

فهنا قامت حالة الضرورة ، ولكن لم يتوقف التخلص منها على ارتكاب جريمة بل أمكن ذلك بوسيلة مشروعة ، فما كان من الطبيب المعالج - في المثال الأخير - إلا العمل النبيل في سبيل تخليص نفس من خطر حل بها ، وهو عمل يتقبله المجتمع بالتقدير والاكبار ، فحالة الضرورة - اذن - تبرر ارتكاب الجريمة ، وتكون سببا يمكن الاستناد اليه في تبرئة الفاعل . ولكن الجريمة ليست هي السبب الوحيد للتخلص منها ، ولتفادى الخطر الناجم عنها .

ومع ذلك فان عذر الشراح في هذا بين واضح ، فوظيفتهم شرح القانون الجنائي وتفسيره ، وهذا القانون لا يهتم الا بالصورة التي تقوم فيها الجريمة وبالتالي فان الشراح لا يهتمون الا بما يهتم به القانون الذي يشرحه ، فكان من الطبيعي الا يعنون بالصور الأخرى لحالات الضرورة التي لا تقوم فيها الجريمة .

ولعل التعريف الذي يعتبر - في نظرنا - من أنسب التعريفات لحالة الضرورة هو ما قرره الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل بقوله « حالة الضرورة هي ظرف خارجي يحمل خطرا حالا ، يتقابل امامه حقان لشخصين ، فيضحي أحدهما في سبيل بقاء الآخر » (١) .

فقد جاء هذا التعريف بالمعنى المراد من حالة الضرورة بأوجز عبارة وهو في نفس الوقت تعريف جامع ، فالتعبير بكلمة حق تشمل حق الحياة وما يتعلق به من الحقوق الأخرى ، كما تصدق أيضا على الحقوق المالية بصفة عامة .

ومن ناحية أخرى ، فان هذا التعريف لا يرد عليه المأخذ الذي سبق بيانه في الفقرة السابقة ، ذلك أنه لم يجعل ارتكاب الجريمة ركنا في التعريف كما قد يستفاد من التعريفات التي تناولناها فيما تقدم ، بل أنه قرر أن الخطر الحال يتقابل امامه حقان لشخصين فيضحي باحدهما في سبيل الآخر ، وهذه التضحية الخاصة بالحق المهدر قد تكون مستكملة لعناصر الجريمة كالمرأة التي سرقت رغيفا لانتقاذ طفلها من خطر الجوع .

(١) شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات - ١٩٥٩ - ص ٥٠٥ .

وقد لا تكون تلك التضحية جريمة وذلك كمثل الطبيب الذى يتدخل
لانتقاذ مريض من خطر مرض فتاك فيقدم له الدواء الذى يجنبه الهلاك
ويحميه من هذا المرض القاتل .

فيمكن القول هنا بأن الطبيب قد واجه حالة ضرورة قائمة بالغير ،
ويعتبر تدخله للعلاج وتبرعه بالدواء تضحية بحق من حقوقه فى سبيل
انتقاذ المريض من الخطر الحال الذى كان يهدده .

خلاصة :

١٠١ - انتبهنا الى تعريف الضرورة طبقا للقواعد العامة فى الشريعة
بأنها خوف الهلاك على النفس أو المال .

وقد روعى فى هذا التعريف بيان حقيقة الضرورة ذاتها ، لا بيان حالة
من حالاتها ، ولا قسم من أقسامها ، فالقول بأن الضرورة هى خوف
الهلاك انما هو معنى تجريدى مطلق ، يصدق على كل حالات الضرورة
التي تحمل خطرا أيا كان مصدره .

فعندما يتحقق خوف الهلاك يمكن القول بوجود خطر جسيم حال
على وشك الوقوع .

غير أنه اذا كان هذا الخطر الحال مترتبا على ظروف لا دخل للانسان
فى حدوثها كنا أمام الضرورة بمعناها الخاص ، أو الضرورة الطبيعية كما
يسمىها البعض أو حالة الضرورة بالمعنى الذى يقصده شراح القانون
الوضعى ، وهو صميم هذه الرسالة .

أما اذا كان هذا الخطر الحال ناشئا عن اعتداء من انسان على آخر ،
فاننا نكون بصدد حالة اصطلاح فقهاء الشريعة على أن يطلقوا عليها اصطلاح
« دفع الصائل » ويطلق عليها فى ظل القوانين الوضعية عبارة « الدفاع
الشرعى » (١) .

أما اذا كان ذلك الخطر راجعا الى تدخل انسان بالضغط على انسان
آخر لاجباره على تنفيذ فعل معين فاننا نكون بصدد حالة يطلق عليها فى
اصطلاح الفقهاء والشراح حالة « الاكراه » .

(١) راجع للمؤلف : نظرية الدفاع الشرعى فى الفقه الجنائى الاسلامى
والقانون الجنائى الوضعى طبعة ١٣٩٩ هـ .

وازاء اصطلاح الفقهاء والشرح على تسمية هاتين الحالتين الاخيرتين بتسمية تختلف عن اصطلاح « الضرورة » - وان اتحدا معها في تحقق الخطر الحال - فقد رأيت أن أجعل هذه الرسالة مقصورة على الضرورة بمعناها الخاص اى التى لا دخل للانسان فى حدوثها

١٠٢ - ومن ناحية أخرى فان التعريف السابق للضرورة - فى الفقه الاسلامى جاء من العموم بحيث يشمل الخطر الذى يهدد النفس وذلك الذى يهدد المال كما سبق أن أشرنا •

على ان خوف الهلاك قد يكون محققا حسب علم الفاعل بأن يكون على يقين من أن هناك خطرا حالا يهدده فى نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله •

غير أن مراعاة العلم اليقيني شىء متعذر لا سيما فى مثل هذه الظروف التى تضطرب - الى حد ما - قدرة الانسان على موازنة الأمور وتقدير ملاساتها ولذلك فانه يكتفى بمجرد الظن • والفقهاء المسلمون عندما يتكلمون عن الظن فانهم يقصدون به الظن الراجح وهو المبني على أسباب معقولة • ولكن نظرا لأن الخوف الذى يعتد به هو الخوف المبني على أسباب معقولة فقد آثرت عدم الاشارة الى ذلك فى التعريف •

هكذا بأن لنا بجلاء تام أن تعريف الضرورة فى الفقه الاسلامى يصدق فى المقام الأول على الضرورة بمعناها الخاص - وأن أمكن أن يدخل فى نطاقه حالات آخر - كما أن هذا التعريف يسوى بين الضرورة القائمة بنفس الفاعل أو بنفس الغير وأنه كذلك - يشمل حالات الضرورة المتعلقة بالمال •

أما تعريف حالة الضرورة لدى شرح القانون الوضعى فانه لا يصدق الا على الضرورة بمعناها الخاص أى تلك التى يكون الخطر فيها راجعا الى ظروف طبيعية • كما أنه يصدق على الخطر المهدد لنفس الفاعل أو لنفس غيره الا أن تعريفات بعض الشراح لا تصدق على حالة الضرورة المتعلقة بالمال خاصة فى ظل القانون المصرى • ومع ذلك فان التعريف الذى اخترته يتضمن هذه الحالة كما سبقت الاشارة •

الفصل الثاني

التفرقة بين الضرورة وبين غيرها من الحالات الأخرى

١٠٣ - لكي يمكن الوقوف على حقيقة الضرورة وقوفا كاملا يجب علينا أن نميزها عن الحالات الأخرى التي قد تلتبس بها من حيث الماهية أو الأثر .

فالإكراه ودفع الصائل بينهما وبين حالة الضرورة اتصال وثيق لا بد من بيانه مع العناية بما يفرق بين كل هذه الحالات الثلاث . ومن ناحية أخرى فإن الضرورة قسم هام من أقسام الرخصة كما أن الحاجة تقترب من الضرورة لأن كلا منهما يرجع إلى معنى الترخيص .

أولا : الضرورة والإكراه :

١٠٤ - كل من الضرورة والإكراه يقوم على معنى واحد هو الإلجاء إلى الفعل ، فالمضطر يجد نفسه في حالة خطر داهم لا قبل له بدفعه إلا بارتكاب فعل معين ؛ بأن يكون في حالة جوع مهلك أو عطش مميت أو مرض شديد وقد يتوقف انقاذه على تناول طعام أو شراب أو دواء تعتبره الشريعة محرما في الظروف العادية ، وكذلك يجد نفسه مجبرا على ارتكاب الفعل بقوة لا قبل له بها ؛ فتتحرك جوارحه امتثالا لتلك القوة أو يرتكب هو الفعل خوفا من وقوع الخطر المهدد به (١) . فكل من المضطر والمكره ملجأ إلى ارتكاب الفعل (٢) .

(١) إذا الإكراه أما أن يكون بقوة المكره المادية التي تسيطر كلية على المكره فتجعله كآلة في يد من أكرهه كمن يمسك بآخر فيلقيه على نالغ فيقتله أو كمن أمسك بامرأة فزنى بها رغما عنها ، وأما أن يكون الإكراه بالتهديد بالقتل ونحوه .

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي الورقة رقم ١٢ مخطوط بمكتبة الجامعة الأزهرية رقم ٥٢ خاص .

الأشباه والنظائر للإمام جلال الدين السيوطي ص ٨٤ طبعة ١٩٥٩ .
والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٨ مع حاشية الحموي عليها بنفس الصفحة ، طبعة ١٨٩٩ م .

ولكن كل منهما يختلف عن الآخر في مصدر الخطر ، فهو في حالة
الضرورة ظروف طبيعية ليس للإنسان تدخل مباشر في حدوثها مثل : المرض
الشديد أو العرق أو الحريق إذا ترتب على هذه الأمور وما شاكلها مخاطر
يخشى منها الهلاك على النفس أو المال وكذلك الجوع والعطش الشديدان
إذا خيف منهما ما ذكر .

أما الاكراه فمصدر الخطر فيه التدخل المباشر من الانسان الذي يكره
غيره على اتيان فعل محرم اما باستعمال قوته المادية المسيطرة على المكره
والتي تجعله يتحرك بحركة من أكره (١) . واما بتحديدده بالقتل أو الضرب
الشديد ان لم يستل لارادته ويفعل (٢) .

١٠٥ - وشرح القانون الوضعي يفرقون بين الاكراه وبين حالة
الضرورة . فهم يقسمون الاكراه الى قسمين : اكراه مادي واكراه معنوي .
أما الاكراه المادي فهو « أن يكره الفاعل على ارتكاب الفعل أو
أو الامتناع المكون للجريمة بقوة مادية لا يستطيع مقاومتها » (٣) .

وظاهر من هذا أن الاكراه المادي يحو ارادة الفاعل بصورة لاينسب
اليه - في هذا الموقف - غير حركة عضوية مجردة عن الارادة تجريدا
تاما (٤) .

ومن هنا يبدو جليا الفرق بين الاكراه المادي وبين حالة الضرورة ،
اذ بالاكراه المادي تنحى الارادة فينتفى بذلك الركن المادي للجريمة لان

(١) والاكراه الذي يتم بهذه الطريقة ما يعنيه شرح القانون في الوقت
الحاضر من الاكراه المادي ويمثلون له بامثلة كثيرة منها ان يمسك شخص
أصبع آخر ويطبع بصمته على عقد مزور ، ويقول ابن حزم في مثل هذا
النوع « لو امسكت امرأة حتى زنى بها أو امسك رجل فادخل اخليله في
فرج امرأة » فلا شيء عليه ولا عليها . . . لانهما لم يفعلوا شيئا ، المحلى ج ٨
ص ٢٣١ .

(٢) وهذا النوع يسمى بالاكراه المعنوي .

(٣) الدكتور السعيد مصطفى - المرجع السابق ص ٤٤٣ .

(٤) يسوى بغض الشراح بين الاكراه المادي والقوة القاهرة على اساس
انهما تعبران مترادفتان باعتبار النتيجة النهائية المرادة منهما « د. نجيب
حسنى المرجع السابق ص ٦٦٢ . وعلى راشد السابق ص ٤٣١ .
وعبد المهيم بكر سالم - السابق ص ١٨٢ . وينحصر الفرق بينهما في أن
حالة الاكراه المادي يوجد فيها فاعل مسئول عن الجريمة وهو الانسان
المكره - بينما لا يوجد جريمة على الاطلاق في حالة القوة القاهرة لانها
من قبيل القوى الطبيعية .

مظهرها المادى صدر من غيره ولم يصدر منه (١) . وفى حالة الضرورة
فإن المضطر هو الذى يرتكب الفعل المحرم تفاديا للخطر الذى يهدده أو يهدد
غيره .

أما القسم الثانى فهو الاكراه المعنوى ، ويعرف بأنه : الجاء الجانى
الى ارتكاب الجريمة عن طريق تهديده بخطر حال ان لم يرتكبها . والفارق
بينه وبين الضرورة هو فى مصدر الخطر كما هو ظاهر .

ثانيا : الضرورة ودفع الصائل :

١٠٦ - يراد من دفع الصائل فى اصطلاح فقهاء الشريعة (٢) . رد
اعتداء غير مشروع حماية للنفس أو العرض أو المال (٣) . وهذا المعنى هو
ما ترمى اليه نصوص التشريعات الجنائية الوضعية من عبارة « الدفاع
الشرعى » حيث يقصد بها فى فقه القانون : رد اعتداء يحمل خطرا حالا
مهددا للنفس أو للمال .

وتتفق الضرورة مع دفع الصائل (الدفاع الشرعى) فى أن كلا منهما
يقوم على معنى واحد هو الاجراء الى الفعل ، فكما أن المضطر ملجأ الى
تناول طعام أو شراب محرم لينقذ نفسه من الهلاك فإن المعتدى عليه ملجأ
كذلك الى ارتكاب فعل معين ليدفع به عدوان المعتدى . ولهذا السبب
فإن علماء الشريعة يجعلون من دفع الصائل والضرورة تطبيقا للقاعدة
الشرعية التى تقول « الضرر يزال » (٤) .

ولكن دفع الصائل يختلف عن الضرورة فى مصدر الخطر اذ فى حالة
دفع الصائل يرجع الخطر الى انسان معتد اثم . أما الخطر فى حالة الضرورة
فيرجع الى ظروف طبيعية ليس للانسان تدخل مباشر فى حدوثها .

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى - المرجع السابق ص ٤١٢
رقم ٣١٧ .

(٢) أما فى اللغة ، فكلمة صائل هى اسم من الفعل « صال »
ومعناه سطا أو استطال يقال صال عليه أى سطا عليه ليقهره (المصباح
المنير باب الصاد مع الالف) . ينشأ ج ١ ص ١٦١ طبعة ١٣١٢ هـ)
وكلمة دفع يراد منها التنحية والازالة يقال دفع به الاذى أى نحاه وازاله
عنه وحماه منه المصباح باب الدال مع الفاء) .

(٣) الدكتور يوسف قاسم : نظرية الدفاع الشرعى فى الفقه الجنائى
الاسلامى والقانون الجنائى الوضعى ص ٣٦ .

(٤) الاشباه والنظائر لابن السبكي الورقة رقم ١٢ . الاشباه والنظائر
للسيوطى - ص ٨٤ الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٨ .

١٠٧ - وهذا الذى سبق تقريره طبقا لقواعد الشريعة هو ما يقول به شراح قانون العقوبات فهم يؤكدون اتفاق حالة الضرورة مع الدفاع الشرعى فى تحقق الخطر الحال فى كل منهما (١) . كما أن الشراح يفرقون بين الضرورة والدفاع من حيث مصدر الخطر ، فهو فى حالة الضرورة ظروف طبيعية اذ المضطر يأتى الجريمة من تلقاء نفسه بغير أن يقصد أحد دفعه اليها (٢) . أما الخطر فى حالة الدفاع الشرعى فهو اعتداء غير مشروع صدر من المعتدى ، وقد انبنى على ذلك قولهم بأن جريمة الضرورة تقع على برئء فى حين أن فعل الدفاع لا يوجه الا الى المعتدى لتجنب اذاه ودفع شره (٣) .

ثالثا : الضرورة والرخصة :

١٠٨ - الرخصة فى اللغة معناها التيسير والتسهيل (٤) ، وفى اصطلاح الأصوليين تعرف بانها « ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلى يقتضى المنع مع الاختصار على مواضع الحاجة فيه » (٥) .

فالرخصة اذن حكم شرعى سهل ؛ شرع استثناء من حكم شرعى صعب (٦) . والحكمة التشريعية فيه ، وجود عذر شاق منع المكلف من امتثال الحكم الصعب . غير انه يجب على المرخص له أن يقتصر على موضع الحاجة التى دعا

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - رقم ١٩٥ ص ١٩٧ .

(٢) الدكتور عبد المهيم بكر سالم - المرجع السابق - ص ١٨٨ .

(٣) الدكتور محمود محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ١٨٤ ،

الدكتور محمود نجيب حسنى المرجع السابق ص ١٩٧ .

(٤) الرخصة فى الامر خلاف التشديد فيه (مختار الصحاح ص ٢٣٨

باب الرء) .

(٥) الموافقات ج ١ ص ٢١٥ . الأستاذ محمد سلام مذكور - نظرية

الاباحة ص ٣٣٧ طبعة ١٩٦٣ . وقد نص الأصوليون على تعريفات كثيرة

للرخصة منها : قول البيضاوى انها الحكم الثابت على خلاف الدليل

لعذر (النهاج ج ١ ص ١٢٢ - ١٢٣ طبعة ١٣٤٣ هـ) وقول صدر

الشرعية بانها « ما استبيح مع قيام المحرم والحرمة (التوضيح ج ٣ ص

٨٣ الطبعة الاولى بالمطبعة الخيرية) وقول الامدى « ما شرع لعذر مع قيام

السبب المحرم (الاحكام فى اصول الاحكام ج ١ ص ٦٨ طبعة صبيح ،

وقول الغزالى ما وسع للمكلف فى فعله لعذر وعجز عنه مع قيام السبب

المحرم (المستصفى ج ١ ص ٩٨ طبعة ١٣٢٢ هـ -) . وقول صاحب مسلم

الثبوت (ما تغير من عسر الى يسر بعذر) مسلم الثبوت ج ١ ص ١١٦ طبعة

١٣٢٢ هـ . اولى اميرية وهى تعريفات متقاربة فى معناها وان كانت بالفاظ

مختلفة وعبارات متباينة .

(٦) فضيلة الشيخ محمد البنا مذكرات غير مطبوعة .

اليها ذلك العذر ، أى أنه لا يجوز الانتقال الى الحكم الا بالقدر اللازم لرفع الحرج ودفع المشقة .

١٠٩ - وبيان الصلة بين الضرورة والرخصة يستلزم الاشارة الى أقسام الرخصة وقد اختلفت وجهات النظر في هذه المسألة : فجمهور الأصوليين يقسمونها الى : رخصة واجبة ومثلوا لها بأكل الميتة للمضطر ، ورخصة مندوبة ومثلوا لها بقصر الصلاة في السفر . ورخصة مباحة ومثلوا لها بالسلم ، ورخصة هي خلاف الأولى ومثلوا لها بفطر المسافر في نهار رمضان (١) .

والحنفية يقسمون الرخصة الى قسمين الأول : رخصة حقيقية (٢) ، وهي عندهم نوعان أولهما « ما استبيح مع قيام المحرم والحرم » (٣) مثل اجراء كلمة الكفر على اللسان عند الاكراه على ذلك بالقتل أو بالقطع (٤) . ثانيهما : ما استبيح مع قيام المحرم دون الحرم (٥) مثل افطار المسافر في نهار رمضان . والقسم الثاني : رخصة مجازية (٦) وهي بدورها نوعان أولهما : أحكام اسقطها الله تعالى عن الامة الاسلامية رأفة بها مثل ما رفع عن المسلمين من الأصر والاغلال (٧) وثانيهما : الحكم الذى يسقط به غيره مع كون الحكم الساقط مشروعاً في الجملة (٨) ومثلوا لهذا النوع الأخير

-
- (١) نهاية السؤل شرح منهاج الاصول للاسنوى ج ١ ص ٥٤ .
 (٢) ويسمونها رخصة الترفيه .
 (٣) بمعنى أن دليل التحريم باق كما هو وان الحكم الثابت لم يتغير .
 (٤) ومن هذا النوع الاكراه على ائلاف مال الغير وترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، اذا كان الحاكم طاغياً ظالماً يقتل من يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر فانه يرخص في السكوت « أصول الفقه للشيخ محمد أبى زهرة ص ٥٠ » .
 (٥) التوضيح ج ٣ ص ٨٣ - ٨٤ . ومعنى ذلك أن دليل التحريم باق كما هو ولكن الحكم الذى هو التحريم قد تغير .
 (٦) ويسمونها برخصة لاسقاط أيضاً .
 (٧) يقول الله تعالى : « ويضع عنهم أصرهم والاغلال التى كانت عليهم » سورة الاعراف الآية رقم ١٥٧ . أى يخفف عنهم ما ألزموا العمل به من التكاليف الشاقة الشديدة (صفوة البيان لمعانى القرآن ج ١ ص ٢٨٣) . مثل اشتراط قتل النفس في صحة التوبة واداء ربع المال في الزكاة .
 (٨) وذلك على معنى أن العذر سبب في سقوط الحكم الاصلى الذى يحل محله حكم جديد يتناسب وقيام حالة العذر . مع بقاء الحكم الاصلى مشروعاً في الظروف العادية ، لانه وان سقط بالنسبة لمن قام به العذر فانه يعتبر قائماً بالنسبة لغير المعذور من المكلفين ، بل وبالنسبة للمعذور نفسه اذ أنه يخاطب بالحكم الاصلى بمجرد زوال عذره .

باكل الميتة وشرب الخمر عند الضرورة ، وبقصر الصلاة الرباعية في السفر (١) .

هذه اشارة موجزة لتقسيم الرخصة عند الأصوليين ولايسعنا تفصيل القول في ذلك . اذ لهذا التفصيل موضعه المناسب في كتب الأصول ، وانما الذى يعيننا بيانه في هذا المقام هو مدى ارتباط الضرورة بالرخصة في ضوء هذه الأقسام .

ذلك أنه من خلال هذا التقسيم يمكن أن يقال : ان الضرورة هي القسم الاهم من أقسام الرخصة سواء في ذلك تقسيم الجمهور أو تقسيم الحنفية . فما عبر عنه جمهور الأصوليين بالرخصة الواجبة هو أحكام الضرورة بعينها ، اذ أنه في حالة الرخصة الواجبة يباح للمضطر أن يقترب الفعل المحرم ، وفضلا عن ذلك فان هذا الفعل — وان كان محرما — يصبح واجبا مفروضا على المكلف اذا توقفت حياته عليه بان كان تناول الشيء المحرم سببا في انقاذه من الهلاك (٢) كما سيأتى تفصيله وذلك داخل في القسم الأول من أقسام الرخصة عند الجمهور (٣) .

وما عبر عنه الحنفية بالرخصة المجازية يشمل — من بين ما يشمل — حالات الضرورة التى يباح فيها تناول المطعم والمشروب المحرم عند خوف الهلاك .

١١٠ — وعلى ذلك فالرخصة معنى عام يصدق على حالات الضرورة وغيرها من الاعذار الأخرى ، التى تتمثل — عند وجودها — سماحة

(١) فحرمه الخمر مثلا تسقط عند الضرورة ويأتى مكانها حكم آخر هو الاباحة (وهى تصدق على الاذن الشامل للوجوب) الا ان الحكم الأصلي الذى هو التحريم وان سقط بالنسبة للمضطر فانه لا يزال قائما بالنسبة لغيره من المكلفين وكذلك الحال بالنسبة للمضطر نفسه اذا زالت حالة الضرورة القائمة به .

(٢) وهذا لا ينفى أن الوجوب ناشئ عن دليل آخر هو قوله تعالى « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة ... » ، فالترخيص الذى هو تيسير ورفع المشقة والخرج لا يقتضى التكليف والالزام اذ التكليف يتضمن الكلف والمشقة ، وسيأتى أيضا ذلك عند الكلام على أثر الضرورة .

(٣) اما بقية اقسام الرخصة عند الجمهور فانها خاصة بالأحكام الأخرى التى ترجع الى المندوب والمباح سواء في العبادات والمعاملات كما ظهر ذلك من تقسيم الجمهور الذى سبقت الاشارة اليه .

الشريعة الغراء ، حيث تتوخى في هذه الظروف ، التوسعة على الناس ورفع الحرج والضيق عنهم •

واذا كان الترخيص - من رحمة الله بعباده - مشروعاً في حالات العسر والضيق توسعة على المكلفين وتيسيراً لهم ، فإن حالات خوف الهلاك - وهى حالات الاضطرار - ادخل من غيرها في هذا الباب •

١١١ - وهكذا تنتهى الى أن السبب الأصل الكامن وراء تشريع كثير من أحكام الرخص ، انما هو راجع في الحقيقة الى حالات الاضطرار المتمثلة في الاعذار الشديدة ، التى تحول بين المكلفين وبين امكان تنفيذهم للأحكام الأصلية •

ذلك أن أهم حالات الترخيص ترجع - في معناها - الى نظرية الضرورة وحتى بعض الأحكام التى يبدو أن الترخيص فيها قائم على معنى الحاجة لا على الضرورة ، وذلك مثل الترخيص في بعض المعاملات التى لا تجرى على القياس - استناداً الى حاجة الناس اليها وعدم استغنائهم عنها في حياتهم مما يوجب حرجاً وضيقاً لولا القول بإباحتها - نرى أن هذه الأحكام تتصل اتصالاً كبيراً بنظرية الضرورة ، ذلك الاتصال المستفاد من المبدأ الذى يقول : « الحاجات تنزل منزلة الضرورات في إباحة المحظورات » وقد سبقت الإشارة الى ذلك في الباب التمهيدي •

رابعا : الضرورة والحاجة :

١١٢ - تختلف الضرورة عن الحاجة من حيث الماهية والأثر • فالضرورة هى خوف الهلاك كما بينت آنفاً - أما الحاجة فهى خوف الضرر ، والفرق شاسع بين المعنيين في هذا المجال •

فالمدار على قيام حالة الضرورة أو عدم قيامها هو خوف الهلاك من عدمه • اذ هى لا تقوم الا اذا كان المرء في حالة من شأنها أن تؤدى به الى الهلاك لو استمر على تلك الحال • وبعبارة أخرى : لا تقوم الضرورة الا اذا كان صاحبها في حالة تؤدى به الى خطر جسيم حال لا قبل له به ولا سبيل الى دفعه الا بتنفيذ الفعل الذى تتوقف عليه •

أما الحاجة فهى حالة يجد الانسان نفسه معها في جهد ومشقة ، وقد يتوقف رفع هذه المشقة على الاتيان بفعل معين ، كمثل حالة المرض الشديد غير المهلك - وهذه الحالة لا تبيح له تناول الحرام وانما قد تبيح

له الفطر في رمضان (١) اذا خشى زيادة المرض أو تأخر البرء فيباح له
الفطر دفعا للضرر الناجم عن حدوث المرض أو استمراره دفعا للحرص
والضيق .

١١٣ - هذا ويلاحظ أن الحاجة تقترب من الضرورة لان كلا منهما
يقوم على معنى الرخصة كما سبقت الاشارة .

ويلاحظ من ناحية أخرى أن الحاجة هي المرحلة السابقة على قيام
حالة الضرورة مباشرة ، بمعنى أن الحاجة هي الممهدة لقيام الضرورة ،
ذلك أن حالة الاحتياج قد تصل بصاحبها الى درجة الاضطراب فيما
لو استمرت على ما هي عليه حتى وصلت الى مرحلة التهديد بالهلاك
والتلف ، ففي مثالنا السابق لو ظل الحال بهذا المريض مدة طويلة لادى
ذلك الى تهديده بخطر جسيم قد يودى بحياته وهنا يصبح في حالة ضرورة .

فباستمرار حالة الاحتياج وبالمبالغة في الضرر الناشئ عنها يصبح
المحتاج مضطرا ، لذلك نزلت الحاجة منزلة الضرورة في كثير من الأحوال
كما سبقت الاشارة غير مرة (٢) .

(١) الأشباه والنظائر وحاشية الحموى عليها ص ١٠٨ طبعة ١٣١٢ هـ .
والاشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٨٥ طبعة ١٩٥٩ م حلى .

(٢) تلك هي الأمور التي تدعو الحاجة الى التفرقة بينها وبين حالة
الضرورة وهناك حالة أخرى لا نرى مجالا للخلط بينها وبين الضرورة .
ولكن ربما يتجه الذهن أحيانا الى طلب هذه التفرقة فأثرت لذلك الاشارة
اليها هنا تلك هي حالة فقد الاهلية ونوجز التفرقة بينها وبين حالة الضرورة
فيما يلي بإيجاز :

الضرورة لا اثر لها على الاهلية فهي لا تعدها . بل ولا تنقصها . ذلك
أن الضرورة لا تعدم حرية الاختيار وأن كانت تنقصها الى حد كبير .
فظروف الاضطراب على هذا لا تنافي اهلية المضطر ولا توجب وضع الخطاب
عنه بحال لان المضطر مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب . ويمكن أن يستدل
على ذلك بان افعال المضطر اما أن تكون واجبة مفروضة واما أن تكون مباحة
واما أن تكون محظورة وذلك يقتضى انه قد يسأل في الدنيا وقد لا يسأل .
وهذا من اعظم الادلة على أن المضطر يتمتع بالاهلية الكاملة .

(تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ طبع المطبعة العلمية) .

الباب الثالث

في

أصول نظرية الضرورة

تمهيد :

دراسة الأصول التي تقوم عليها نظرية الضرورة لها أهمية كبرى ذلك أن الحكم الشرعي يستمد وجوده من الأصل الكلي للأحكام الشرعية . فالأصل هو كتاب الله العزيز الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد . . انه الأصل المباشر الذي تستمد منه أحكام هذه النظرية . كما أن السنة المباركة زادتنا بيافا لهذه الأحكام .

ومن ناحية أخرى فانه ينبغي على من يبحث حكما معينا أن يرده الى الأساس - والمبدأ - الذي بنى عليه . وهو القاعدة الأصولية العامة التي اثبتت عليها مجموعة الأحكام الجزئية المتشابهة .

وعلى ذلك فالتنا تقسم دراستنا لأصول نظرية الضرورة الى فصلين :

الفصل الأول : مصادر نظرية الضرورة من الكتاب والسنة .

الفصل الثاني : أساس نظرية الضرورة .

في

مصادر نظرية الضرورة

من الكتاب والسنة

١١٥ - أشرنا الى أن كتاب الله العزيز تضمن كثيرا من النصوص المتعلقة بنظرية الضرورة وقد بينت السنة النبوية المراد من آيات القرآن في هذا الموضوع .

(م ٧ - نظرية الضرورة)

اولا : مصادر النظرية من القرآن الكريم :

نصت آيات الله المباركة ، في مواطن عديدة ، على أنه يجب على المؤمنين أن يأكلوا من طيبات ما أحل الله لهم . وفصلت الآيات القرآنية الكريمة كل ما حرمه الله على عباده حتى يجتنبوه ويتعدوا عنه . ولكننا نجد أن هذه الآيات ذاتها تنص على أن التحريم غير متعلق بحالات الاضطراب (١) . فإله سبحانه بعد أن يبين الحكم العام يستثنى من يضطر الى تناول شيء من المحرمات « فإن الله غفور رحيم » .

ومن فاحية أخرى فإن بعض الآيات الكريمة تنص على أصل كلى عام . الا وهو ضرورة المحافظة على النفس الانسانية ، وعدم التهاون في هذه النعمة الكبرى نعمة الحياة .

وفيما يلي بعض هذه الآيات البينات التي تنص على هذه الأحكام :

١ - يقول الله تعالى : انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير (٢)

(١) نص القرآن الكريم على الاضطراب في خمسة مواضع : الآية رقم (١٧٣) من سورة البقرة والآية الثالثة من سورة المائدة . والآيتان ١١٩ ، ١٤٥ من سورة الانعام . والآية ١١٥ من سورة النحل . ويراجع ايضا المعجم المفهرس لالفاظ القرآن الكريم : محمد فؤاد عبد الباقي ص ٤١٩ . طبعة دار الكتب .

(٢) هذه القائمة من الاطعمة المحرمة بنص كلام الله عز وجل من اعظم البراهين الدالة على ان هذا الكلام ليس من عند البشر وانما هو من الله رب العالمين .

فقد نزل هذا الكلام على محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم في عصر لم تكن البشرية تعرف شيئا عما يسمى بالعلم التجريبي وهذه حقيقة مسلمة لا مجال لانكارها . واعتقد ان أربعة عشر قرنا كاملة او تزيد حجة عقلية تفنى بذاتها عن أى دليل آخر ...

فماذا يقول العلم الحديث اليوم ؟ وما هي نتائج التجارب العلمية التي اجريت على الدم ؟ تؤكد التحليلات التي اجريت للدم ان هذا القانون الالهى كان مبينا على اهمية خاصة بالنسبة الى الصحة فالتحليل يثبت ان الدم يحتوى على كمية كبيرة من حمض البولييك . وهو مادة سامة تضر بالصحة لو استعملت غذاء . وهذا هو السر في الطريقة الخاصة التي أمر بها القرآن في ذبح الانعام والطيور . والمراد بالذبح في المصطلح الاسلامى هو الذبح بطريقة معينة حتى يخرج كل الدم من جسم الحيوان . وهي ان يقطع الوريد الرئيسى والذي يوجد في العنق وان تمتنع عن قطع الاوردة الأخرى حتى يمكن استمرار علاقة المخ بالقلب الى ان يموت الحيوان ، لكيلا يكون سبب الموت الصدمة العنيفة التي وجهت الى أحد

وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم (١) •

٢ - يقول الله عز وجل : « فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم » (٢) •

وهذا النص المبارك هو جزء من الآية الثالثة من سورة المائدة • وهى من أواخر القرآن نزولا • بل بنزولها أكمل الله الدين وأتم النعمة ورضى لنا الاسلام ديناً (٣) •

أعضاء الحيوان الرئيسية كالدماع أو القلب أو الكبد . والمقصود من هذا ان الحيوان لو مات نتيجة هذه الصدمة لتجمد الدم في العروق ولتسمم اللحم كله نتيجة سريان حمض البوليك في أنحاء الجسد فشرع الاسلام من آلاف السنين الذبح بالطريقة الشرعية لهذا السبب المدهش . ولقد حرم القرآن لحم الخنزير . ولم يعرف الانسان في الماضى شيئاً عن اسرار هذا التحريم . ولكنه يعرف اليوم ان لحم الخنزير يسبب امراضاً كثيرة لانه يحتوى على كمية كبيرة من حمض البوليك دون سائر الحيوانات على ظهر الارض . اما الحيوانات الأخرى غير الخنزير فهى تفرز هذه المادة بصفة مستمرة عن طريق البول . وجسم الانسان يفرز ٩٠٪ من هذه المادة بمساعدة الكليتين . ولكن الخنزير لا يتمكن من افراز حمض البوليك الا بنسبة ٢٪ . اما الكمية الباقية فتصبح جزءاً من لحمه . ولذلك يشكو الخنزير من آلام المفاصل والذين ياكلون لحم الخنزير هم الآخرون يشكون من آلام المفاصل والروماتيزم . وما الى ذلك من الأمراض المماثلة (وحيد الدين خان - الاسلام يتحدى ص ٢٠٧ - ٢٠٩ طبعة ١٣٩٧ هـ) .

(١) سورة البقرة . الآية رقم (١٧٣) .

(٢) سورة المائدة من الآية رقم (٣) .

(٣) وهذه الآية المباركة من أولها قول الله عز وجل : « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالاذلام ذلكم فسق اليوم ينس الذين كفروا من دينكم فلا تخشوهم واخشون اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام ديناً فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم » .

افتتح الله هذه الآية المباركة بذكر بعض المحرمات على سبيل التفصيل . والمراد بالمنخنقة التى تموت خنقاً . والموقوذة التى ترمى او تضرب بحجر او عصا حتى تموت من غير ذبح والمتردية هى التى تردى من العلو الى السفلى فتموت . والنطيحة هى التى تنطحها أخرى او غير ذلك فتموت قبل ان تذكى - أى قبل ان تذبح - وما اكل السبع أى ما افترسه ذو ناب واطفار من الحيوان .. وقوله تعالى « الا ما ذكيتم »

٣ - يقول الله جل شأنه : « وما لكم الا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه وان كثيرا يضلون بأهوائهم بغير علم ان ربك هو اعلم بالمعتدين » (١) .

٤ - يقول الله سبحانه : « قل قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم بطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان ربك غفور رحيم » (٢) .

٥ - يقول الله جل ثناؤه : « انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان الله غفور رحيم » (٣) .

راجع على كل ما ادركت ذكاته من المذكورات فيه ... وما ذبح على النصب « أى حرم عليكم ما ذبح على الاحجار التى نصبها المشركون حيث كانوا يذبحون عليها تعظيما لها . فحرم الله هذه الذبائح من أجل هذه النية الأئمة لانه تعظيم لغير الله . قال ابن عطية ما ذبح على النصب جزء مما أهل به لغير الله أى ما ذكر عليه اسم غير الله عز وجل ... » وان تستقسموا بالازلام » . أى وحرم عليكم الاستقسام - أى طلب القسم والنصيب بالازلام وهى اقداح الميسر .

ثم بين الله تبارك وتعالى بأس الكافرين من مقاومة هذا الدين ، ناهيا المؤمنين عن خشية الكافرين . أمرا اياهم أن لا يخشوا الا الله وحده عز وجل .

ثم قال سبحانه بعد ذلك : « اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم » .

للدلالة القاطعة على ان نظرية الضرورة فى الشريعة الاسلامية نظرية راسخة محكمة الاسس متينة البنيان . روى الأئمة عن طارق بن شهاب قال جاء رجل من اليهود الى عمر بن الخطاب فقال : يا أمير المؤمنين : فى كتابكم آية لو علينا أنزلت معشر اليهود لاتخذنا ذلك اليوم عيداً قال : وأى آية : قال : « اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام دينا » . فقال عمر : انى لا علم اليوم الذى أنزلت فيه والمكان الذى أنزلت فيه نزلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرفة فى يوم جمعة ... قال القرطبى رحمه الله : انها نزلت فى يوم جمعة وكان يوم عرفة بعد العصر فى حجة الوداع سنة عشر ورسول الله صلى الله عليه وسلم واقف بعرفة على ناقته العضباء . (تفسير القرطبى ص ٢٠٥٨ طبعة الشعب) .

(١) سورة الانعام الآية رقم « ١١٩ » .

(٢) سورة الانعام الآية رقم « ١٤٥ » .

(٣) سورة النحل الآية رقم (١١٥) .

١١٦ - هذه الآيات البينات تدور كلها في فلك واحد : هو أن الله تعالى اباح برحمته الطيبات من الرزق • وهو سبحانه بلطفه حرم على عباده الخبائث لمصلحتهم وحرصا على صحتهم •

وقد سبق أن أشرنا الى أن الحكمة من التحريم هى الحجة البالغة الدالة على أن هذا الكتاب ليس من عند البشر وانما انزله الله رب السموات والارض رب العالمين • فيقينا يعلم كل عاقل أنه حينما نزل القرآن لم تكن البشرية تعرف شيئا عما يسمى بالعلم التجريبي الذى اثبت يقينا أن التحريم مبنى على أهمية خاصة بالنسبة لصحة البشر • فالتحليل اثبت أن الدم يحتوى على كمية كبيرة من حمض البولييك • وهو مادة سامة تدهور صحة من يستعملها غذاء • ومن أجل ذلك حرم الله الميتة أيضا لأن كل ما لم يذبح بالطريقة الشرعية فهو ميتة والحكمة من الذبح بهذه الطريقة اخراج الدم كلية من عروق الذبيحة (١) فتتطهر من الخبث تماما فيجوز أكلها شرعا وتصح الأبدان بذلك • واما الخنزير فهو بذاته منفر للطبع النظيف القويم (٢) ، ومع ذلك فان الله حرمه لحكم جليلة منها ما أثبتته العلم الحديث من أنه يسبب امراضا كثيرة لانه يحتوى على كمية كبيرة من حمض البولييك حيث لا يتمكن من اخراج هذه المادة من جسده الا بنسبة ٢٪ فقط • ويعنى ذلك ان ٩٨٪ من حمض البولييك الموجود فى جسم الخنزير تصبح جزءا من لحمه (٣) •

من أجل ذلك حرمه الله عز وجل • فما أروع آيات الذكر الحكيم ولعل المستقبل يأتى بالعجب العجاب •

ومع ذلك فلو توقفت حياة انسان على تناول قدر من هذه المحرمات بان بلغت به شدة الجوع الى درجة الهلاك فان الله الرؤوف الرحيم يبيح لمثل هذا المضطر ان يدفع عن نفسه خطر الهلاك بتناول قدر ما يسد الرمق ويدفع خطر الموت لان الضرر الحال يدفع بما دونه من الاضرار •

(١) أى الحيوان المذبوح من الانعام التى احلها الله سبحانه •

(٢) فى ظلال القرآن المرحوم الاستاذ سيد قطب ج ١ ص ١٥٦ •

(٣) وحيد الدين خان - المرجع السابق ص ٢٠٧ - ٢٠٩ •

١١٧ - وإذا كانت هذه الآيات المباركة تتكلم عن الضرورة في سياق المطعومات فإن لذلك سببا ظاهرا هو أن معظم حالات الاضطراب . وخاصة في المجتمعات البدائية تنشأ عن نقص في المواد الغذائية أو فقدانها فجاءت آيات الله تخاطب الناس على قدر فهمهم وبما يتناسب مع أحوالهم .

وهذا لا يستفاد منه تقييد الحكم بالحالات المذكورة . بل أن النص الخاص بالضرورة في كثير من الآيات السابقة جاء مستقلا عن غيره : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد » . الأمر الذي يدل على حكم عام مستقل عن غيره هو أن الاضطراب يبيح المحظور سواء أكان من المحرمات الواردات في السياق أم كان من غيرها .

وفضلا عن ذلك فإن قوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » . نص عام صريح في بسط نظرية الضرورة الى سائر المحرمات التي فصلها الله عز وجل .

وفي هذا يقول العلامة أبو بكر الجصاص : « فقد ذكر الله تعالى تعالى الضرورة في هذه الآيات ، واطلق الاباحة في بعضها بوجود الضرورة من غير شرط ولا صفة . وهو قوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه . » . فاقضى ذلك وجود الاباحة في كل حال وجدت الضرورة فيها (١) .

٦ - قول الله جلت قدرته : « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » (٢) . ومع تقديرنا لكل ما قاله أئمة التفسير (٣) ، فإن المعنى الظاهري للآية

(١) احكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٢٦ .

(٢) سورة البقرة من الآية رقم (١٣٥) .

(٣) يقول العلامة القرطبي رحمه الله : « روى البخارى عن حذيفة : وانفقوا في سبيل الله ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » قال : نزلت في النفقة . روى يزيد بن أبى حبيب عن أسلم أبى عمران قال : غزونا القسطنطينية ، وعلى الجماعة عبد الرحمن بن الوليد والروم ملصقوا ظهورهم بحائط المدينة ، فحمل رجل على العدو ، فقال الناس مه مه لا اله الا الله ، يلقي بيده الى التهلكة . فقال ابو ايوب : سبحان الله انزلت هذه الآية فينا معاصر الانصار . لما نصر الله نبيه وظهر دينه - قلنا هلم نقيم في اموالنا فانزل الله عز وجل : « وانفقوا في سبيل » الآية . والالقاء باليد الى التهلكة أن نقيم في اموالنا ونصلحها وندع الجهاد . فلم يزل ابو ايوب

يتضمن - والله أعلم - النهى عن أن يلقي الانسان نفسه الى الهلاك دون فائدة تعود عليه في دينه . الأمر الذى يؤدى الى القول بأن المضطر يحرم عليه أن يمتنع عن انقاذ نفسه من الهلاك لأنه بهذا يلقي بنفسه الى التهلكة وقد نهى الله عن ذلك .

٧ - قول الله تبارك وتعالى : « ولا تقتلوا انفسكم » (١) ويمكن الاستدلال بهذا النص المبارك لان المضطر حينما يمتنع عن انقاذ نفسه

مجاهدا في سبيل الله حتى دفن بالقسطنطينية . فقبره هناك فأخبرنا ابو ايوب ان الالتقاء باليد الى التهلكة هو ترك الجهاد في سبيل الله . وان الآية نزلت في ذلك . وروى مثله عن حذيقه والحسن وقتادة ومجاهد والضحاك . . وروى الثرمذى عن يزيد بن ابي حبيب عن اسلم بن عمران هذا الخبر بمعناه فقال : كنا بمدينة الروم فأخرجوا الينا صفا عظيما من الروم فخرج اليهم من المسلمين مثلهم أو أكثر وعلى اهل مصر عقبة ابن عامر . وعلى الجماعة فضالة بن عبيد فحمل رجل من المسلمين على صف الروم فصاح الناس وقالوا سبحان الله : يلقي بيديه الى التهلكة فقام ابو ايوب الانصارى فقال : يا ايها الناس انكم تتأولون هذه الآية هذا التأويل وانما انزلت هذه الآية فينا معشر الانصار لما اعز الله الاسلام وكثر ناصروه قال بعضنا لبعض سرا دون رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان اموالنا قد ضاعت ، وان الله قد اعز الاسلام وكثر ناصروه فلو اقمنا في اموالنا فأصلحنا ما ضاع منها فأنزل الله على نبيه صلى الله عليه وسلم يرد علينا ما قلنا . . . فكانت التهلكة الاقامة على الاموال واصلاحها وتركنا الفوز . فما زال ابو ايوب شاخصا في سبيل الله حتى دفن بأرض الروم . . . وقال حذيفة بن اليمان وابن عباس وعكرمة وعطاء ومجاهد وجمهور الناس : المعنى لا تلقوا بأيديكم بأن تتركوا النفقة وتخافوا العيلة فيقول الرجل ليس عندى ما أنفقه والى هذا ذهب البخارى اذ لم يذكر غير النفقة وقبل للبراء عازب في هذه الآية : هو الرجل يحمل على الكتيبة ؟ فقال : لا ولكنه الرجل يصيب الذنب فيلقى بيديه ويقول : قد بلغت في المعاصى ولا فائدة في التوبة فييأس من الله فينهمك بعد ذلك في المعاصى . فالهلاك اليأس من الله ، وقال عبيدة السلماني . وقال زيد بن اسلم : المعنى لا تسافروا في الجهاد بغير زاد وقد كان فعل ذلك قوم فاداهم ذلك الى الانقطاع في الطريق أو ان يكون عالة على الناس (تفسير القرطبي ص ٧٣٥ - ٧٣٦ طبعة الشعب) .

انما يساهم في قتلها • فالنص بعمومه يشمل مثل هذه الحالة (١) •

٨ - قول الله جل ثناؤه : « من أجل ذلك كتبنا على بنى اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا ولقد جاءتهم رسلنا بالبينات ثم ان كثيرا منهم بعد ذلك في الأرض لمسرفون » (٢) •

وجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة أن الله سبحانه جعل احياء النفس الواحدة بمنزلة احياء الناس جميعا • قال المفسرون الاحياء في الآية بمعنى الترك • أو بمعنى الانقاذ من الهلاك (٣) • والمعنى الثانى هو الاقرب الى مقصودنا من الاستدلال بهذه الآية على ضرورة انقاذ الغير من الهلاك • والذي سوف نبخه تفصيلا في موضعه المناسب ان شاء الله تعالى • روى العلامة ابن كثير (٤) عن مجاهد في بعض الروايات ومن أحياها أى انجاها من غرق أو حرق أو هلكه (٥) •

(٣) يقول العلامة ابن كثير رحمه الله قوله تعالى : « ولا تقتلوا انفسكم » أى بارتكاب محارم الله وتعاطى معاصيه وأكل اموالكم بينكم بالباطل .. قال الامام أحمد (بسنده) عن عمرو بن العاص ، انه قال : لما بعثه النبى صلى الله عليه وسلم عام ذات السلاسل قال : احتلمت في ليلة باردة شديدة البرد فأشفقت أن اغتسلت أن أهلك فتيمنت ثم صليت بأصحابي صلاة الصبح قال : فلما قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكرت ذلك له ، فقال صلى الله عليه وسلم : « يا عمرو صليت بأصحابك وأنت جنب » . قال : قلت يا رسول الله : انى احتلمت في ليلة باردة شديدة البرد فأشفقت أن اغتسلت أن أهلك فذكرت قول الله عز وجل : « ولا تقتلوا انفسكم ان الله كان بكم رحيمًا » فتيمنت ثم صليت ، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يقل شيئا . هكذا رواه أبو داود من حديث يحيى بن أيوب عن يزيد بن أبى حبيب عن عمران ابن أنس عن عبد الرحمن بن جبير المصرى عن ابن قيس مولى عمرو بن العاص عنه ، فذكر نحوه . وهذا والله أعلم أشبه بالصواب .

(نفسير ابن كثير ج ١ ص ٤٨٠ طبعة ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م) •

(١) سورة المائدة . الآية رقم « ٣٢ » .

(٢) تفسير القرطبى ص ٢١٤٤ ط الشعب .

(٣) الامام الجليل الحافظ عماد الدين أبو الفدا اسماعيل بن كثير القرشى الدمشقى المتوفى سنة ٧٤٧ . من أجل كتبه تفسير القرآن العظيم •

(٥) تفسير بن كثير ج ٢ ص ٤٧ •

ثانيا : مصادر النظرية من السنة

١١٨ - وبجانب هذه الآيات المباركة الواردة في كتاب الله فان السنة زاخرة ، بالاحاديث الواردة في هذا الموضوع . ومن هذه الاحاديث ما يأتي :

١ - روى أبو داود في سننه عن جابر بن سمرة أن رجلا نزل الحرة (١) ومعه أهله وولده . فقال رجل أن ناقة لي ضلت ، فان وجدتها فامسكها فوجدتها ، فلم يجد صاحبها ، فمرضت . فقالت امرأته : انحرها ، فأبى فنفتت (٢) فقالت : اسلخها حتى تقدد (٣) شحمها ولحمها وتأكله - فقال : حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتاه فسأله فقال : « هل عند غنى يغنيك ؟ » قال : لا . قال : فكلوها » قال : فجاء صاحبها فأخبره الخبر : فقال : هلا كنت نحرتها ، قال : استحييت منك (٤) .

٢ - عن أبي واقد الليثي قال : قلت يا رسول الله انا بأرض تصيينا مخمصة فما يحل لنا من الميتة ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا لم تصطبحوها (٥) ولم تعقبوها (٦) ولم تحتفئوها (٧) بقلأ فشأنكم

(١) الحرة بفتح الحاء والراء المشددة : أرض بظاهر المدينة بها حجارة سود .

(٢) نفقت أى ماتت .

(٣) يقول الشوكاني رحمه الله أن هذه الكلمة في النسخ الصحيحة تقدر بفتح النون وسكون القاف وضم الدال بعده راء مهملة بمعنى طبخة في القدر . وفي رواية أبي داود تقدد اللحم بدال مهملة مكان الراء . وعلى ذلك شرح ابن سلامة فانه قال : نجعله قديدا (نيل الأوطار ج ٩ ص ٣٠ طبعة دار الجيل) .

(٤) رواه أبو داود ج ٣ ص ٣٥٨ . الحديث رقم ٣٨١٦ وقد أشار الى هذا الحديث العلامة الشوكاني في نيل الأوطار ج ٩ ص ٣٠ .

وكان قد روى قبل ذلك عن جابر بن سمرة أن أهل بيت كانوا بالحررة محتاجين قال : فماتت عندهم ناقة لهم أو لغيرهم فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في أكلها (ج ٩ ص ٢٩) .

(٥) الاصطباح هنا أكل الصبوح وهو الفداء .

(٦) والفبوق أكل العشاء .

(٧) تحتفئوا بقلأ أى تقتلوا من الحفاء .

(٨) مسند أحمد ج ٥ ص ٢١٨ . طبعة الحلبي - نيل الأوطار -

ج ٥ ص ٢٩ .

٣ - روى أبو داود عن عقبة بن وهب بن عقبة العامري قال : سمعت
أبى يحدث عن الفجيع العامري انه أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال : ما يحل لنا من الميتة ؟ قال صلى الله عليه وسلم « ما طعامكم » ؟
قلنا : نغتبق ونصطح قال أبو نعيم فسر له عقبة : قدح غدوة وقدح
عشية . قال : « ذاك وأبى الجوع » فأحل لهم الميتة على هذه الحال . قال
أبو داود الغبوق من آخر النهار والصبح من أول النهار (١) .

٤ - روى ابن ماجه بسنده عن أبى بشر جعفر بن إياس قال : سمعت
عباد بن شرحبيل - رجلا من بنى غبر - قال : أصابنا عام مخصمة
فأتيت المدينة . فأتيت حائطا (٢) من حيطانها فأخذت سنبلا ففركته
واكلته وجعلته فى كسائي . فجاء صاحب الحائط فضربنى واخذ ثوبى ،
فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته فقال للرجل : « ما اطعمته
اذ كان جائعا أو سابعا ، ولا علمته اذ كان جاهلا » . فامرته النبي صلى الله
عليه وسلم فرد اليه ثوبه . وأمر له بوسق من طعام أو نصف وسق (٣) .

قال القرطبي رحمه الله : هذا حديث صحيح اتفق عليه رجاله البخارى
ومسلم الا ابن أبى شيبة فانه لمسلم وحده . وعباد بن شرحبيل الغبري
البشكري لم يخرج له البخارى ومسلم شيئا وليس له عن النبي صلى الله
عليه وسلم غير هذه القصة فيما ذكره أبو عمر رحمه الله (٤) .

١١٩ - تلك هى النصوص الكريمة التى امكننا الاستدلال بها على
احكام نظرية الضرورة فى الفقه الاسلامى (٥) . ولعلنا أثناء دراستنا

(١) سنن أبى داود ج ٣ ص ٣٥٨ - ٣٥٩ الحديث رقم ٣٨١٧ .

(٢) الحائط هو البستان من النخيل وغيره اذا كان عليه جدار .

(٣) هذا الحديث بنصه واسناده فى تفسير القرطبي ص ٦٠٥ .

(٤) تفسير القرطبي ص ٦٠٥ .

(٥) اما بالنسبة للقانون الوضعى فنكتفى بالإشارة هنا الى أن
الشريعة الاسلامية كانت هى المطبقة فى مصر قبل عام ١٨٨٣ م . وفى هذا
العام صدر قانون العقوبات الأهلى وكان ينص على حالة الضرورة فى المادة
٦٥ منه وهو النص المقابل للمادة ٦٤ من قانون العقوبات الفرنسى . وقد
نص قانون سنة ١٩٠٤ على حالة الضرورة فى المادة ٥٦ منه وهو نص مأخوذ
مباشرة من قانون العقوبات الإبطالى . وفى سنة ١٩٣٧ صدر قانون العقوبات
المصرى الحالى . وقد نقل المادة ٥٦ المشار اليها بنصها وجعلها المادة ٦١ .
وهى التى تقول : « لا عقاب على من ارتكب جريمة الجائنه الى ارتكابها
ضرورة وقاية نفسه او غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع

التفصيلية ، نستشهد بما يفتح به الله تعالى من نصوص وآثار أخرى والله الموفق المستعان .

=

به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى .

وهكذا فقد نقل القانون المصرى فى أول مرة نص المادة ٦٤ من قانون العقوبات الفرنسى وهى بذاتها تطابق نص المادة ٧١ من قانون العقوبات البلجيكى . ثم فى سنة ١٩٣٧ نقل القانون المصرى حرفيا المادة ٤٩ من قانون العقوبات الايطالى ولا تزال هذه المادة هى النص الحالى فى قانون العقوبات المصرى تحت رقم (٦١) كما قلنا .

وقد نص قانون العقوبات السويسرى الصادر سنة ١٩٣٨ على حالة الضرورة فى المادة ٣٤ منه . كما نص عليها قانون العقوبات الاسبانى فى المادة ٦٠ منه وهو القانون الصادر سنة ١٩٢٨ . اما قانون العقوبات الالمانى الصادر سنة ١٨٧٠م فقد نص على حالة الضرورة فى مادته الرابعة والخمسين .. وقد نص القانون السوفيتى الصادر سنة ١٩٠٣ على حالة الضرورة فى المادة ٤٦ منه . ولكن لما صدر قانون سنة ١٩٢٦ نص فى مادته السادسة على توسيع نطاق الاباحة . وأشار الى حالة الضرورة والدفاع الشرعى فى المادة ١٣ منه . ثم فى القانون الصادر سنة ١٩٦٠ نص على حالة الضرورة فى مادته الرابعة عشرة .

وأخيرا فان القوانين الأخرى عالجت حالة الضرورة ... ونذكر منها : القانون الفنلندى فى مادته العاشرة . والقانون البولونى فى مادته الثانية والعشرين (صدر سنة ١٩٣٠) .

وقانون رومانيا الصادر سنة ١٩٣٧ نص على حالة الضرورة فى المادة ١٣١ منه .

وقانون يوغوسلافيا الصادر سنة ١٩٢٦ نص على حالة الضرورة فى المادة ٢٥ منه .

وقانون الدانمارك نص على حالة الضرورة فى مادته الرابعة عشرة .

الفصل الثاني

في

أساس نظرية الضرورة

- ١٢٠ - دراسة الأساس الذي تقوم عليه النظرية العامة للضرورة .
- تتعلق كما أشرنا - ببحث القاعدة الأصولية العامة التي انبنت عليها أحكام الضرورة في الفقه الاسلامي .

وفي نطاق الدراسة الوضعية فإن هذا البحث قد شغل عددا كبيرا من رجال القانون الوضعي ، فكثرت الاراء وتعددت بغية الوصول الى الأساس الذي تقوم عليه حالة الضرورة في القانون الوضعي .

وهكذا فاننا نقسم الدراسة في هذا الفصل الى المبحثين الآتيين :

- المبحث الأول : أساس نظرية الضرورة في الفقه الاسلامي .
- المبحث الثاني : أساس نظرية الضرورة في القانون الوضعي .

المبحث الأول

في

أساس نظرية الضرورة في الفقه الاسلامي

- ١٢١ - على الرغم من الخلاف الكبير والجدل المحتدم بين شراح القانون الوضعي حول أساس حالة الضرورة ، فاننا نرى أن الفقه الاسلامي قد وضع بجلاء كامل ووضوح تام الأساس العام الذي تبني عليه أحكام حالات الضرورة من غير جدل ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الغراء .

- ١٢٢ - ومن المعلوم أن اختلاف الفقهاء في مسائل الفقه والاصول أمر لا يحتاج في ذاته الى أثبات بل تنطق به آراءهم المختلفة ونظراتهم المتعددة في كثير من المسائل الفرعية . وإذا كان ذلك في حقيقته غنيا عن الدليل والبرهان . فإنه لا بد أن يكون هنالك من الأسباب التي تجعل من أساس الضرورة أمرا متفقاً عليه بينهم .

ويمكننى تلخيص ذلك فى الأمرين الآتيين :

الأول : أن نظرية الضرورة ليست من المسائل الفرعية ، التى يمكن أن تكون محلا لخلاف بل هى من القواعد العامة التى لا يختلف فيها فقيه مسلم عن آخر • اللهم الا فى بعض المسائل الفرعية المتعلقة بها ، وأساس نظرية الضرورة يعتبر من أهم الأعمدة التى تقوم عليها أحكامها •

الثانى : صراحة النص الوارد فى هذا الشأن لم يدع مجالا لخلاف بين علماء المسلمين يتعلق بأساس النظرية •

١٢٢ مكرر - هذا وقد قام بعض العلماء بعمل موازنة بين المصالح والمفاسد لها فائدة كبيرة فى معرفة الأساس الذى تقوم عليه أحكام حالات الضرورة وهذا الذى قرره فقهاء الشريعة من مئات السنين هو ما يعنيه الشراح اليوم بنظرية التنازع •

لذلك سأتكلم عن النص الوارد من السنة وأساس الضرورة فى مطلب أول : ثم أتناول نظرية التنازع بين المصالح والمفاسد كما حققها علماء الشريعة فى مطلب ثان •

المطلب الأول

فى

اساس الضرورة

ومصدره من السنة

١٢٣ - من ابرز النصوص التى تقطع بصراحة الأساس الذى تقوم عليه نظرية الضرورة فى الشريعة الاسلامية ما رواه أحمد وابن ماجه (١) عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا ضرر ولا ضرار » (٢)

(١) هو محمد بن يزيد القزوينى أبو عبد الله بن ماجه ، أحد الأئمة فى علم الحديث من اهل قزوين ، رحل الى البصرة وبغداد والشام ومصر والحجاز والرى فى طلب الحديث وصنف كتابه « سنن بن ماجه » . أحد الكتب الستة وله غيره فى التفسير والتاريخ توفى سنة ٢٧٣هـ .

(٢) وابن ماجه من حديث أبى سعيد مثله ، وهو - فى الموطأ مرسلا ، وأخرجه ابن ماجه أيضا « والبيهقى من حديث عبادة بن الصامت ، وأخرجه مالك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه مرسلا بزيادة « من ضار ضاره الله ، من شاق شاقه الله ، وأخرجه بهذه الزيادة الدارقطنى والحاكم عن أبى سعيد مرفوعا ، وأخرجه عبد الرازق وأحمد عن ابن عباس أيضا (سبل السلام ج ٣ ص ٨٤ طبعة ١٩٥٠ حلبى) •

ومن هذا النطق النبوي الشريف يبدو لكل قارئ أن شريعة الاسلام
تحرص على ازالة الضرر عن الكافة في كل صورة وعلى أى حال .

فالمقاصد العامة للشرع الاسلامي الحنيف تقضى بازالة الضرر عن
الناس ورفع الحرج والضيق عنهم ، قال الله تعالى : « يريد الله بكم
اليسر ولا يريد بكم العسر » وقال سبحانه « ما يريد الله ليجعل عليكم
من حرج » . وعلى الرغم من أن هنالك نصوصا كثيرة في الكتاب العزيز
يمكن أن يستنبط منها ما ذكر ، فإن حديث الباب نص صريح في ازالة
الضرر ، وهو يعتبر من الأصول الأساسية لكثير من النظريات العامة
في الفقه الاسلامي - كما قرر ذلك علماء القواعد والأصول ، وكما
سيأتى توضيحه بعد قليل - فهو على ايجاز عبارته قد جمع من المعاني
ما تنوع عن حمله هذه الصفحات .

المعنى الاجمالي للحديث :

١٢٤ - يقول الصنعاني (١) في معنى قوله صلى الله عليه وسلم :
« لا ضرر » « الضرر ضد النفع ، يقال ضره يضره ضرا وضرارا واضربه
يضره ضرارا ، ومعناه لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه » (٢)
ويبين ابن الأثير (٣) معنى الضرار فيقول : « الضرار فعال من الضرر .
أى لا يجازيه على اضراره بادخال الضرر عليه » ثم يقول بعد ذلك ان
« الضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين والضرر ابتداء الفعل والضرار
الجزاء عليه » (٤) . ويقول البعض أن الضرر هو ما تضر به صاحبك

(١) هو محمد بن اسماعيل الأمير اليمنى الصنعاني صاحب كتاب
« سبل السلام » شرح بلوغ المرام لابن حجر العسقلاني ، وهو من فقهاء
الزيدية . توفي سنة ١١٨٣ هـ .

(٢) سبل السلام ج ٣ ص ٨٤ .

(٣) هو : أبو السعادات مجد الدين المبارك بن محمد ، محدث فقيه
اصولي ، له النهاية في غريب الحديث ، وجامع الأصول وغيرها . توفي
سنة ٦٠٦ هـ .

(٤) النهاية في غريب الحديث ج ٣ ص ١٨ طبعة ١٣٢٢ هـ أولى
خيرية .

غير ان الصنعاني اعترض على معنى الضرار الذي قرره ابن الأثير قائلا
ان هذا المعنى يبعد قبوله لجواز الانتصار لمن ظلم مشيرا الى قوله تعالى
ولمن انتصر بعد ظلمة فأولئك ما عليهم من سبيل ، وقوله سبحانه : « وجزاء
سيئة سيئة مثلها » .

وتنتفع انت به ، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع . ويقال ان الضرر والضرار معناهما واحد وتكرارهما في الحديث من باب التأكيد (١) .

١٢٥ - ومن هذه المعاني يمكن أن يقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الضرر ، في كل صورة من الصور ، مهما كان مصدره . ومن ذلك ندرك أن الشريعة الغراء قد جعلت من ازالة الضرر مبدأ هاماً تدعو اليه في كل الظروف والاحوال .

وهكذا يصل بنا البحث الى ما قرره علماء القواعد والأصول من أن الشريعة جاءت بقواعد عامة لها أكبر الأثر في سعادة البشر في كل زمان ومكان . ومن هذه القواعد تلك التي تقول : « الضرر يزال » . وقد بين الامام جلال الدين السيوطي (٢) أصل هذه القاعدة بقوله : « القاعدة الرابعة الضرر يزال أصلها قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار » (٣) .

١٢٦ - فقاعدة - أو مبدأ - ازالة الضرر المستفاد من حديث نبينا الكريم هو في حقيقة الأمر - الأساس العام الذي انبت عليه أحكام حالات الضرورة على اختلاف صورها .

فأساس اباحة بعض جرائم الحدود في حالة الضرورة يرجع الى ازالة ضرر الفاعل الذي تحيط به الاخطار من كل جانب والذي لا يجد وسيلة للتخلص من الخطر الذي يهدده الا باتيان الفعل المكون لاحدى هذه الجرائم .

وقد اجيب على ذلك بأنه اذا كان المراد من الضرار عدم مجازاة المؤذى بادخال الضرر عليه فانه لا ينفي دفع الضرر بمثله ، ويكون النهى عن الضرار نهياً للمؤمن عن مبالفته في ايداء من آذاه .

(١) يراجع في عرض هذا الرأي والذي قبله سبل السلام ج ٣ ص ٨٤ . وأيضاً في بيان معنى الضرر والضرار لفة . لسان العرب باب الرء فصل الضاد ج ١٩ ص ٤٨٢ . مختار الصحاح باب الضاد فصل الرء ص ٣٧٩ . المصباح المنير باب الضاد والرء .

(٢) هو : عبد الرحمن بن أبى بكر بن محمد بن سابق الدين السيوطي جلال الدين ، امام حافظ مؤرخ اديب له نحو ستمائة مصنف نشأ في القاهرة يتيماً من أشهر مؤلفاته الاتقان في علوم القرآن والأشباه والنظائر في العربية والأشباه والنظائر في فروع الشافعية والحاوي للفتاوى .
(٣) الأشباه والنظائر في فروع الشافعية ص ٨٣ .

وحيث ان الشريعة تحرص تمام الحرص على ازالة الضرر وبما انه لا يترتب على ارتكاب هذه الجريمة ضرر للغير فانه يتحتم على المضطر أن يرتكب ذلك الفعل المحرم انقاذا لحياته ودفعاً للضرر الذي قد يصيبه في نفسه أو في سلامة جسمه لان ازالة الضرر واجبة .

بيد أنه يتعين أن يكون الضرر المراد تجنبه جسيماً فادحاً . وذلك مفهوم من كلمة ضرورة . فهي تفيد في أصل معناها - كما سبق البيان - جسامه الضرر الذي يهدد بخطر بالغ في النفس أو المال .

١٢٧ - وقد أكد العلماء الذين كتبوا في القواعد العامة مثل ابن السبكي (١) والسيوطي وابن نجيم - رحمة الله عليهم - ان مبدأ الضرر يزال « هو الأصل العام لنظرية الضرورة حيث قالوا : ان مبدأ الضرر يزال يتعلق به قواعد منها « الضرورات تبيح المحظورات » (٢) ومن ثم جاز أكل الميتة عند الخمصة واساغة اللقمة بالخمرة . ودفع الصائل والتلفظ بكلمة الكفر للاكراه . وكذا اتلاف المال ، وأخذ مال الممتنع الاداء بغير اذنه » (٣) .

١٢٨ - وفي هذه العبارة أمثلة مختلفة ساقها علماء الشريعة تطبيقاً لنظرية الضرورة في كل صورها .

فأكل الميتة عند الخمصة واساغة اللقمة بالخمرة هما حالتان من حالات الضرورة بمعناها الخاص ، اذ منشأ الخطر هنا ليس عن تدخل مباشر للانسان ، بل يرجع ذلك الى ظروف طبيعية ، فالمخمصة ليست ناشئة - في الغالب - عن التدخل الانساني المباشر . وكذلك الغصة التي تهدد الانسان بخطر الموت ليس للانسان دخل في نشوئها .

(١) هو الامام العلامة الشيخ عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ، أبو نصر ، قاضي القضاة . ولد بالقاهرة وانتقل الى دمشق مع والده وتوفي بها سنة ٧٧١هـ (السبكي نسبة الى سبك اعمال المتوفية بمصر) .

(٢) الاشباه والنظائر لابن السبكي الورقة رقم ١٢ مخطوط مكتبة الجامعة الازهرية تحت رقم ٥٢ خاص و ٩٣٧ عام . والاشباه والنظائر في فروع الشافعية للامام السيوطي ص ٨٣ - ٨٤ طبعة ١٩٥٩ . الاشباه والنظائر لابن نجيم مع حاشية الحموي ص ١٠٨ طبعة ١٨٩٩ .

(٣) المراجع السابقة نفس المواضع المشار اليها .

أما الأمثلة الأخرى التى وردت فى العبارة السابقة فبعضها يرجع الى حالة الاكراه (١) والبعض الآخر منها يرجع الى حالة دفع الصائل (٢) . ومن المعلوم أن البحث مقصور على حالات الضرورة بمعناها الخاص . أما تلك التى ترجع الى التدخل الانسانى المباشر فلن أتعرض لها الا بالقدر الذى يحتاج اليه أصل الموضوع .

• ويلاحظ أن كلا من ابن السبكي والسيوطى قد ذكرا شرطا مقارنة لقاعدة الضرورات المعروفة فقالا : « الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها » (٣) .

وسوف تتناول هذا الشرط بالدراسة التفصيلية فى الباب التالى الخاص بشرط الضرورة .

ونبادر من الآن الى القول بأن المراد من هذا الشرط أن الضرورة يجب أن تقدر بقدرها ؛ بحيث لا يؤدي الفعل المرتكب فى ظلها الى ضرر أشد من الضرر المراد تفاديه .

كما يبدو ذلك جليا من الفقرات التالية :

(١) وقد أعددنا لها بحثا نرجو الله تعالى أن يعيننا على اخراجه فى المستقبل .

(٢) راجع فى هذا كتابنا : نظرية الدفاع الشرعى فى الفقه الجنائى الاسلامى والقانون الجنائى الوضعى طبعة ١٣٩٩ هـ .

ويلاحظ أن ما ذكره العلماء فى العبارة المشار اليها من اخذ مال الممتنع الأداء بغير اذنه يعتبر من قبيل الدفاع ايضا لأن الممتنع بغير حق يعتبر ظلما وبالتالي يجوز لصاحب الحق اخذ حقه ولو بالقوة . مننت الفتنة . راجع فى اهمية الوفاء وحسن المعاملة كتابنا : التعامل التجارى فى ميزان الشريعة ص ٢٧ - ٣٤ طبعة ١٤٠٠ هـ .

(٣) المرجعان السابقان - نفس المواضع المشار اليها .

على أن العلامة السيوطى ساق مثلا آخر لحالة الضرورة فقال : « ولو عم الحرام قطرا بحيث لا يوجد فيه حلال الا نادرا فانه يجوز استعمال ما يحتاج اليه ولا يقتصر على الضرورة » (الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٤) . والذى نفهمه من هذه العبارة أن الامام السيوطى رحمه الله يريد ان يقول انه ينبغى على المؤمن ان يتحرى الحلال بقدر امكانه . فاذا ما فعل ذلك فقد أدى ما عليه حتى ولو أن تعامله مس حراما من حيث لا يشعر ولا يريد ؛ فان ذلك خارج عن طاقته ولا يكلف الله نفسا الا وسعها . (٨ م - نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى)

ضوابط المبدأ السابق

١٢٩ - من القواعد التي لها أهمية بالغة في ضبط المبدأ القائل : « الضرر يزال » قواعد أخرى نص عليها فقهاء الشريعة ، وخاصة علماء الأصول منهم . وسوف نقتصر منها على قاعدتين هامتين . وذلك للصلة الكبرى القائمة بينهما وبين مبدأ ازالة الضرر . تتجلى تلك الصلة في أن هاتين القاعدتين تعينان الباحث على ضبط هذا المبدأ ضبطا دقيقا . بحيث لا يطبق الا في النطاق المحدد له شرعا . وهاتان القاعدتان هما :

١ - الضرر لا يزال بالضرر .

٢ - الضرر الأكبر يدفع بالضرر الأدنى .

الضرر لا يزال بالضرر :

١٣٠ - اذا كان الضرر واجب الازالة والتغيير فانه يتعين أن يزال بحيث لا يكون هنالك ضرر من الازالة . حيث يجب على من ناله ضرر أن يزيله بطريقة سليمة لا ضرر فيها متى كان ذلك ممكنا . فهذه القاعدة التي تقول « الضرر لا يزال بالضرر » تعتبر قيذا أورده فقهاء الشريعة على مبدأ ازالة الضرر . فكانهم صاغوه في صورته الكلية بقولهم : « الضرر يزال بغير الضرر » . أو كما قال العلامة ابن السبكي رحمه الله : « الضرر يزال ولكن لا بضرر ؛ فشأنهما شأن الاخص مع الأعم » (١) .

بيد أننا اذا دققنا النظر فاننا نجد أن هذا القيد لا مفهوم له اذا أننا لو ازلنا الضرر بضرر مماثل فاننا حينئذ لم نفعل شيئا . ولم نطبق المبدأ القائل بازالة الضرر لأن ازالته بضرر مماثل تعتبر ذاتها ضرا قائما . ولذلك فان ابن السبكي بعد أن قال فشأنهما شأن الاخص مع الاعم نراه يقول بعد ذلك : « بل هما سواء لأنه لو ازيل الضرر بالضرر لما صدق الضرر يزال » (٢) .

١٣١ - ومع هذا كله فان التصريح بقاعدة الضرر لا يزال بالضرر له أهميته القصوى . حيث ظهر لنا منه بجلاء أن الفقه الاسلامي يؤسس الضرورة على مبدأ « ازالة الضرر » ورغم وضوح هذا المبدأ وشموله لنفي ازالة الضرر بالضرر ، فان التصريح بالقاعدة التي معنا قد أزال كل

شك حول مسألة قانونية - في غاية الأهمية - تتعلق بأساس حالة الضرورة في القوانين الوضعية ، تلك المسألة التي عجزت عن حلها أحدث النظريات في فقه القانون المقارن ، فضلا عن عجز تشريعات العالم كله عن الوصول الى حل لها مبنى على أساس سليم . وسوف نرى بيان ذلك تفصيلا في المبحث التالي ؛ الذى سنتعرض فيه للنظريات القانونية التى أبدت بقصد الوصول الى أساس سليم لنظرية الضرورة .

١٣٣ - واذن فالشريعة الغراء بمبادئها السامية تقرر فى صراحة انه اذا كان الحقان متساويين ، فانه لا يجوز لصاحب الحق أن يضحي بحق غيره فى سبيل انتقاذه حقه . فلو أن خطرا يهدد انسانا بضرر كبير ولو فى حق الحياة نفسه كالمثل التقليدى الذى يضربه شراح القوانين الوضعية من أنه اذا تعلق ركاب السفينة الغارقة « ببعض أخشابها وزاحمهم فيها آخرون من ركابها ، وأبعدوهم عنها لتنجية أنفسهم فغرق الاولون »^(١) فهذه الصورة وان كانت تعتبر فى منطق القانون الوضعى فعلا غير معاقب عليه فانها فى الشريعة تعتبر جريمة قتل كاملة الاركان . لان الصبر على القتل اهون بكثير من ارتكاب جريمة القتل ، أو كما يقولون « لان مفسدة قتل نفسه أخف من مفسدة قتل غيره »^(٢) .

وسوف أعود الى هذه المسألة فى باب الشروط أيضا ، وأبادر هنا هنا الى القول : بأنه حتى على فرض التسليم بأن الاضرار متساوية فى هذه الصورة^(٣) فان الشريعة الغراء توجب على المضطر أن يمتنع عن ازالة الضرر بثله فلا يجوز للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر ، كما « لا يجوز للانسان أن يدفع الغرق عن أرضه باغراق أرض غيره ، ولا أن يحفظ ماله باتلاف مال غيره »^(٤) .

(١) الدكتور محمود مصطفى - المرجع السابق - رقم ٣٣٠ ص ٣٢٦ - ٣٣٧ .

(٢) قواعد الأحكام فى مصالح الانام ج ١ ص ٨٨ .

(٣) وهو ما لم نسلم به بل ذكرنا هذا الفرض من قبيل المناقشة الجدلية ليس الا .

(٤) اصول الفقه للمرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٢٤٦ .

الضرر الأكبر يدفع بالضرر الأدنى

١٣٣ - من القواعد التي تفرعت على مبدأ « الضرر يزال » هذه القاعدة التي تقول : الضرر الأكبر يدفع بالضرر الأدنى أو الأخف .

فاذا لم يكن أمام المرء بد من تحمل أحد الضررين فانه - وان كان كلاهما مرا - فليتركب أخفهما تجنباً لاشدهما .

ومن رأينا أن هذه القاعدة جاءت - كسابقتهما - من قبيل الايضاح لمبدأ ازالة الضرر ، والا فان ذلك المبدأ يكفى بذاته للقول بمضمونها من غير حاجة الى النص عليها صراحة .

١٣٤ - وقد ذهب البعض الى أن مراعاة القاعدتين السابقتين « توجب على المكره أن يأتي من الامرين أمراً واحداً بعينه ، فاذا أتاه فهو لا يختار في الواقع ، وانما يضطر الى اتيانه اضطراراً بحكم الاكراه أولاً . ونزولاً على حكم الشريعة ثانياً ، واذن فاختياره ينعدم تماماً اذا نزل على حكم قاعدتي الضرر سالفى الذكر ، فتتعدم المسؤولية الجنائية لانعدام الاختيار وترتفع العقوبة ، أما اذا خالف حكم قاعدتي الضرر - ودفع الضرر بمثله ، أو دفع الضرر الأخف بالأشد فقد اختار ، وهذا الاختيار لا يعدم المسؤولية الجنائية ولا يرفع العقوبة ولو كان مداه ضيقاً » (١) .

١٣٥ - ولنا على هذا التعليل ملاحظات من وجهين :

أولاً : أنه اعتبر أساس الضرورة ما سماه بقاعدتي الضرر (ويعنى بذلك قاعدة : الضرر لا يزال بالضرر ، وقاعدة : يرتكب أخف الضررين لاتقاء اشدهما) .

وهذا - في نظرنا - غير مسلم ، لان القاعدتين اللتين أشار اليهما ليستا - على الحقيقة - أساس الضرورة كما سبق أن بينا .

فالأساس الحقيقي لنظرية الضرورة هو المبدأ المعروف الذي يقول : « الضرر يزال » المستمد من قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » .

أما القاعدتان المشار إليهما فقد ساقهما علماء الشريعة على أنهما من قبيل القيود الواردة على المبدأ العام .

وقد سبق أن بينت وجهة نظري في هاتين القاعدتين ، وقلت : أن القاعدة الأولى ، أن اعتبرناها قيوداً ، فهو قيد لا مفهوم له في الواقع لأن المبدأ الأصلي يتضمن حكمها بالضرورة ، فإزالة الضرر بالضرر تعتبر من قبيل الضرر ذاته . وإن كان للتصريح بها فائدة كبرى كما بينا . . . وكذلك قلت في القاعدة الثانية حيث ساقها العلماء لزيادة الإيضاح . . . والا فإن مبدأ إزالة الضرر يكفي بذاته للقول بمضمونها وإن كان التصريح بها لا يخلو من فائدة أيضاً .

ثانياً : وأهم ما يؤخذ على العبارة ما جاء فيها من أن المكره أو المضطر ينعدم اختياره تماماً إذا نزل على حكم قاعدتي الضرر سالتني الذكر فتتعدم المسؤولية الجنائية لانعدام اختياره وترتفع العقوبة .

١٣٦ - وهذا القول لا يمكن التسليم به لأن الفقهاء صرحوا بخلافه . فقد ذكروا أن الإكراه نوعان : ما يعدم الرضا ويفسد الاختيار . بأن يكون الإكراه باتلاف النفس والعضو وهو الملجئ أي الموجب لالجوء الفاعل واضطراره . . . والثاني ما يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار « (١) » . بل إن صاحب العبارة المشار إليها يؤكد هذا الذي نقلناه عن الفقهاء فيقول رحمه الله « والظاهر من تتبع آراء الفقهاء أنهم يرون أن الإكراه يعدم الرضا ولا يعدم الاختيار . وإنما يفسده فقط ويضيق مداه بحيث لا يستطيع أن يختار إلا بين أمرين » (٢) .

المطلب الثاني

نظرية التنازع بين المصالح والمفاسد

واساس نظرية الضرورة

١٣٧ - تكلم كثير من فقهاء الشريعة عن الموازنة بين المصالح والمفاسد . وخاصة العلماء الذين تخصصوا في دراسة القواعد . ومن

(١) تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٧٩ طبعة ١٣١٠ هـ . أولى علمية .
الدر المختار ج ٥ ص ١٠٩ - ١١٠ وحاشية ابن عابدين عليه طبعة دار
الطباعة العامرة . كشف الاسرار ج ٤ ص ١٤٠٢ .
(٢) التشريع الجنائي الاسلامي ج ١ ص ٥٧٥ .

بين هؤلاء العلماء الامام عز الدين بن عبد السلام (١) ، حيث أفاض في شرح هذه النظرية وذكر التطبيقات العديدة لها . وذلك في كتابه : « قواعد الأحكام في مصالح الانام » وقد رتب - رحمه الله - المصالح والمفاسد ؛ وبين ما يجب اتباعه عند تعارضهما ؛ متى كان من المستحيل الجمع بين جلب المصلحتين ، أو دفع المفسدين .

١٣٨ - أما المصالح فقد قسمها الى قسمين :

الأول : يتعلق بالمصالح التي أوجبها الله عز وجل . وهذا القسم يتنوع الى الفاضل والافضل والمتوسط بينهما . فأفضل المصالح ما كان شريفاً في نفسه دافعاً لأقبح المفاسد جالباً لأرجح المصالح .

ثم استشهد على هذا بما روى في الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن أى الأعمال أفضل ؟ قال صلى الله عليه وسلم : إيمان بالله ، قيل ثم أى ؟ قال : الجهاد في سبيل الله . قيل ثم أى ؟ قال عليه الصلاة والسلام : حج مبرور (٢) . ثم شرح ابن عبد السلام وجه أفضلية هذه الأعمال على غيرها شرحاً مفصلاً (٣) .

القسم الثانى من المصالح : ما ندب الله عباده اليه اصلاحاً لهم ، وأعلى رتب مصالح الندب ؛ هو أدنى رتب مصالح الواجب . وتتفاوت الى أن تنتهى الى مصلحة يسيرة لو فأت لصادفنا مصالح المباح (٤) . ومن ناحية أخرى تناول ابن عبد السلام المفاسد فقسمها الى قسمين :

(١) هو الامام المحدث الفقيه أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام . ولد في دمشق سنة ٥٧٧ هـ . اخذ الأصول عن الامدى والفقه عن ابن عساكر . بلغ مرتبة الاجتهاد ولقب بسلطان العلماء توفى رحمه الله بمصر سنة ٦٦٠ هـ (الموافق ١٢٦٢ م) من كتبه : التفسير الكبير ، والامام في أدلة الأحكام وحل الرموز رسالة في التصوف . ورسائل الطريق « تصوف » وقواعد الأحكام في مصالح الانام .

(٢) أخرجه مسلم بسنده عن سعيد بن المسيب عن ابى هريرة : صحيح مسلم ج ١ ص ٦٢ طبع التحرير سنة ١٢٨٢ هـ .

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الانام ج ١ ص ٥٤ طبعة ١٣٨٨ هـ / ١٩٦٨ م .

(٤) المرجع السابق نفس الموضع .

الأول: قسم حرم الله قربانه وهو ينقسم بدوره الى ربتين الأولى :
الكبائر وهى منقسمة الى الكبير والأكبر والمتوسط بينهما • فالأكبر هو
أعظم الذنوب مفسدة • وكذلك الأنقص فالأنقص • ولا تزال مفسد
الكبائر تتناقص الى أن تنتهى الى مفسدة لو نقصت لوقعت فى أعظم
رتب مفسد الصغائر ، وهى الرتبة الثانية (١) • فكأنه بهذا يقسم المحرمات
الى كباير - وهى منقسمة - والى صغائر وهى الأخرى متفاوتة بين الصغير
والأصغر وما توسط بينهما •

الثانى : ما كره الله قربانه • وهذه المكروهات تتناقص مفسدتها الى
حد لو زال لوقعت فى المباح (٢) •

وقد استشهد على ذلك بما روى فى الصحيح من أن النبى صلى
الله عليه وسلم سئل عن أى الذنوب أكبر ؟ فقال صلى الله عليه وسلم :
أن تجعل الله ندا وهو خلقك • قيل : ثم أى ؟ قال : أن تقتل ولدك مخافة
أن يطعم معك • قيل : ثم أى ؟ قال عليه الصلاة والسلام : أن تزانى
حليلة جارك (٣) •

ثم شرح ابن عبد السلام هذا الحديث مبينا الحكمة العقلية فى هذا
الترتيب (٤) •

نظرية الموازنة مصدرها الكتاب والسنة :

١٣٩ - وهكذا فان هذه النظرية ترجع فى أساسها الى الاحاديث
الصحيحة الواردة فى هذا الموضوع من ناحيته • أى سواء كانت الموازنة
بين المصالح أو كانت بين المفسد • ولقد أشار القرآن العظيم الى ما بينته

(١) المرجع السابق ص ٥٥ •

(٢) المرجع السابق ص ٥٥ •

(٣) صحيح مسلم ج ١ ص ٦٣ • والاستزادة من الاحاديث الصحيحة
الواردة فى هذا الموضوع : صحيح البخارى ج ١ ص ٦ - ٧ ، و ج ٤ ص
٣٠ - ٣١ وسيل السلام ج ٤ ص ١٦٦ •

(٤) قواعد الأحكام ج ١ ص ٥٦ - ٥٧ •

السنة وذكرته مفصلاً (١) . فقد قال الله تعالى « فبشر عباد ، الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » (٢) ويقول سبحانه « واتبعوا أحسن ما أنزل اليكم » (٣) ويقول جل شأنه « وأمر قومك يأخذوا بأحسنها » (٤) .

ومن ناحية أخرى فإن الله تبارك وتعالى يقول : « ان تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه نكفر عنكم سيئاتكم وندخلكم مدخلا كريما » (٥) ويقول جل ذكره : « ليكفر الله عنهم أسوأ الذي عملوا » (٦) .

ثم انه سبحانه وتعالى يحث عباده على التفكير والتدبر لادراك الفارق الكبير بين الحسنات والسيئات فيقول : « ولا تستوى الحسنة ولا السيئة » (٧) . ويقول جل وعز : « وما يستوى الأعمى والبصير والذين آمنوا وعملوا الصالحات ولا المسىء قليلا ما تتذكرون » (٨) .

وهكذا فإن الله جلت قدرته يشير في القرآن العظيم الى الموازنة بين المصالح من ناحية . والى الموازنة بين المفاسد من ناحية أخرى . فضلا عن الإشارة الى الموازنة بين المصالح والمفاسد من ناحية ثالثة .

نتائج النظرية :

١٤٠ - وتظهر أهمية هذه النظرية عند تنازع المصالح بعضها مع بعض . وعند تنازع المفاسد مع البعض الآخر . وكذلك عند تنازع المصالح مع المفاسد .

(١) وعلى الرغم من أن القرآن العظيم اشار الى هذه النظرية وان السنة النبوية بينها مفصلة فان العقل السليم يؤيدها . والمنطق المعتدل يؤدي اليها . بل ان ذلك مركز في طبائع العباد نظراً لهم من رب الارباب . . فلو خيرت الصبي الصغير بين اللذيذ والألد لاختار الألد . ولو خير بين الحسن والأحسن لاختار الأحسن . ولو خير بين فلس ودرهم لاختار الدرهم . . . ولا يقدم الصالح على الاصلح الا جاهل بفضل الاصلح او متجاهل لا ينظر الى ما بين المرتبتين من التفاوت (المرجع السابق ص ٧) .

(٢) سورة الزمر من الآيتين « ١٧ ، ١٨ » .

(٣) سورة الزمر من الآية رقم « ٥٥ » .

(٤) سورة النساء الآية « ٣١ » .

(٥) سورة الزمر الآية رقم « ٣٥ » .

(٦) سورة فصلت من الآية رقم « ٤٤ » .

(٧) سورة غافر الآية رقم « ٥٨ » .

(٨) قواعد الاحكام في مصالح الانام ج ١ ص ٨٨ .

أولاً : تنازع المصالح :

١٤١ — اجتماع المصالح لا يثير اشكالا . ذلك أنه اذا ما أمكن الجمع بين المصلحتين ؛ فان هذا ما يجب تباعه وتحقيقه .

أما اذا تنازعت المصلحتان ؛ بحيث لا يمكن الا تحقيق واحدة منهما فانه يتعين اجراء الموازنة والمفاضلة بينهما . فان ظهر رجحان احدهما على الأخرى ؛ وجب تقديم المصلحة الراجحة على المصلحة المرجوحة — وهذا لا يحتاج الى مزيد من البيان — فاذا كانت المصلحتان متساويتين جاز تحصيل احدهما بحسب الاجتهاد (١) .

ثانياً : اجتماع المفاسد :

١٤١ — وكذلك اذا اجتمعت المفاسد المجردة . فانه يجب أن نوازن بينهما لنصل الى معرفة اقلهما خطرا ، واخفهما ضررا ؛ فنقضى بالتزامهما في سبيل تجنب المفسدة الأشد .

هذا وغنى عن البيان انه اذا ما امكن درء المفاسد جميعها ، فانه لا يكون هنالك أى مبرر للموازنة ، فعند امكان درء المفاسد كلها وجب ذلك من غير توقف .

واذن فنحن لن نلجأ الى الموازنة بين مفسدتين الا اذا كان من المستحيل درؤهما معا ؛ بأن كان من المستطاع تجنب واحدة منهما فقط ، فهنا يجب تفادى أكبر المفسدتين ضررا كما سبق .

وفي هذا يقول ابن عبد السلام : « اذا اجتمعت المفاسد المحضّة ، فان امكن درؤها درأنا ، وان تعذر درء الجميع درأنا الافسد فالافسد والأرذل فالأرذل » (٢) . ثم ضرب على ذلك أمثلة كثيرة ، منها : أن من « اكره على شرب الخمر ، أو غص ولم يجد ما يسينغ به الغصة سوى الخمر ، فانه يلزمه ذلك ، لان حفظ الحياة أعظم في نظر الشرع من رعاية المحرمات المذكورات » (٣) .

(١) المرجع السابق — ص ٨٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٨٨ .

(٣) المرجع السابق نفس الموضع .

ومنها أن الانسان « اذا اضطر الى أكل مال الغير اكله لان حرمة مال الغير أخف من حرمة النفس • وفوات النفس أعظم من اتلاف مال الغير ببدل » (١) وهذا المثال في الحقيقة يصلح أن يكون - من وجه آخر - مثالا لاجتماع المصالح والموازنة بينهما اذ أن كل مفسدة يتضمن درؤها جلب مصلحة في الواقع ونفس الأمر •

ثم ذكر ابن عبد السلام أمثلة كثيرة معظمها يدور حول هذا المعنى (٢) •

١٤٣ - وهنالك صورة أخرى لاجتماع المفاسد هي :

أنها قد تكون متساوية من حيث الاضرار وشدة الاخطار أو خفتها • وفي هذه الحالة اما أن يكون الخطر محدقا بالنفس المتساوية أو بالاموال المتساوية •

فان كان الخطر محدقا بالنفس ، فلا يجوز باية حال - التضحية بنفس في سبيل بقاء نفس أخرى أو حتى في سبيل بقاء عدد كبير من الانفس • فاذا ما عظمت اخطار البحر « بحيث علم ركبان السفينة انهم لا يخلصون الا بتغريق شطر الركبان لتخف بهم السفينة ، فلا يجوز ، القاء أحد منهم في البحر بقرعة ولا بغير قرعة مستوون في العصمة ، وقتل من لا ذنب له محرم » (٣) • ومن ذلك ما نصو عليه بقولهم : لا يجوز للمضطر أن يأخذ طعام مضطرا آخر » (٤) •

أما اذا كان الخطر محدقا بالأموال ، فان الفاعل يكون بالخيار بين اتلاف أحد المالين في سبيل المحافظة على الآخر ، فمثلا : اذا اكره انسان بالقتل على اتلاف بعض الاموال دون بعض ، أو اكره على افساد شيء من شيئين فان المكروه يكون بالخيار بين افساد هذا الشيء أو ذاك •

على أن هذه الامثلة نادرة الوقوع • ومن الأمثلة التي يمكن وقوعها كثيرا : ما اذا شبت النار في مالين متساويين بحيث لا يمكن الا انتقاذ واحد منهما فقط فان من تكون لديه القدرة على الانتقاذ يكون بالخيار بين انتقاذ هذا المال أو ذاك •

(١) المرجع السابق ص ٨٩ •

(٢) تراجع هذه الامثلة في نفس المرجع السابق ص ٨٩ - ٩٠ - ٩١ •

(٣) المرجع السابق - ص ٩١ •

(٤) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٨ • تكملة البحر الرائق ج ٨

ص ٨٤ • والاشباه والنظائر لان السبكي الورقة رقم ١٢ •

١٤٤ - وهنالك حالة يظن البعض أنها من قبيل المفاسد المتساوية ، وهي : ما اذا احاطت الاخطار بنفسين ، بحيث لا يمكن انقاذ واحدة منهما الا باهدار الأخرى كمسألة الغريقين اللذين يحاولان التعلق بخشبة عائمة طلبا للنجاة ، في حين أنها لا تكفى الا لواحد فقط ، فيدفع أحد الشخصين زميله لينقذ نفسه على حساب هلاك صاحبه .

وكما اذا هدد أ بقتل ب ان لم يقيم الأخير بقتل ج . في هذه الأحوال وما مائلها ، قد يقوم الاعتقاد بأن المفاسد - هنا - متساوية ، اذ ما دامت النتيجة في النهاية هي قتل نفس واحدة فانه يستوى أن تقتل هذه النفس أو تلك (١) .

ولكن الحق الذي ندين الله به أن الأمر على خلاف هذا من جميع الوجوه ذلك أن من يقتل غيره لينجي نفسه ، هو في الحقيقة قاتل متعمد ، فقد قام بالركن المادى للجريمة ، بدفع زميله من خشبة النجاة ، أو بإطلاق الرصاص على هذا الذى أكره على قتله ، ومن ناحية أخرى ، فإن الركن المعنوى للجريمة قد توافر بكل تأكيد ، فهذا الذى يدفع صاحبه من خشبة النجاة ، يعلم يقينا أن هذا الدفع هو الضربة القاضية التى بسببها تزهق روح زميله ، وذلك الذى يطلق الرصاص على غيره - بحجة انه مكروه على ذلك - لا يشك عاقل فى انه قصد القتل أو على الأقل قصد الفعل المؤدى للقتل الا وهو اطلاق الرصاص ولئن كانت هذه الظروف ذات تأثير على الارادة من حيث ان رضاء المكروه أو المضطر منعدم كما يقول فقهاء المذهب الحنفى وبذلك يضيق نطاق الارادة الى حد كبير الا أن الواقع يؤكد ان لديه قدرا من حرية الاختيار يجعله قادرا على التمييز بين الخير والشر وبين الحسن والقبيح .

١٤٥ - ومن وجه آخر ، فإن التسوية بين النفس هنا منعدمة تماما ، فان موت نفسين قد لا يؤثر على المجتمع تأثيرا يذكر ، بجانب التأثير الشنيع الذى تحدثه جريمة القتل من اثاره العداوة والبغضاء بين اعضاء الجماعة ، ومن ازدياد الفتن وتفاقم الشرور ، بغض النظر عن الظروف التى ارتكبت فيها جريمة القتل .

(٤) كما صرح بذلك الاستاذ محمود ابراهيم اسماعيل - حينما قال : « وقد يتكافأ الحقان كمثل الشخصين الذين سقطا في الماء من مركب تفرق ، وتعلقا بخشبة النجاة متزاحمين حتى أسقط أحدهما الآخر في الماء ففرق فلا يهتم المجتمع بهذه الجريمة . اذ ان احدهما لا بد هالك - ما دامت قطعة الخشب لا تحتمل الا واحدا . المرجع السابق ص ٥٠٥ - ٥٠٦ .

ولذلك نرى الاجماع ينعقد في الفقه الاسلامي على أن الاكراه بالقتل على ارتكاب جريمة القتل لا يبرر هذه الجريمة ، ولا يؤثر في عقوبة الفاعل .

١٤٦ - وقد ذكر الامام ابن عبد السلام هذه الصورة تحت عنوان اجتماع المفسدات المجردة عن المصالح . وبالرجوع الى عبارته يتأكد ما قلناه من أن هاتين المفسدتين - رغم اجتماعهما - غير متساويتين ، فمفسدة القتل أقل فظاعة من مفسدة ارتكابه لجريمة القتل ، حيث يقول : « ولا اجتماع المفسدات أمثلة : أحدها أن يكره على قتل مسلم بحيث لو امتنع منه قتل ، فيلزمه ان يدرأ مفسدة القتل بالصبر على القتل ، لان صبره على القتل أقل مفسدة من اقدامه عليه . وان قدر على دفع المكروه بسبب من الأسباب لزمه ذلك لقدرته على درء المفسدة ، وانما قدم درء القتل بالصبر لاجتماع العلماء على تحريم القتل ، واختلافهم في الاستسلام للقتل ، فوجب تقديم درء المفسدة المجمع على وجوب درئها على المفسدة المختلف في وجوب درئها » (١) . فهو رحمه الله - يؤكد أن - الصبر على القتل أقل فسادا من ارتكاب جريمة القتل - للموجوه التي بينها فيما سلف - ولأن علماء المسلمين اجمعوا على تحريم القتل واختلفوا فيمن ابتلى به هل يجوز له الاستسلام أم لا يجوز . والمفسدة المجمع عليها يقدم درؤها على المفسدة المختلف فيها .

تنازع المصلحة مع المفسدة :

١٤٧ - اذا اجتمعت المصلحة مع المفسدة فان الواجب حينئذ تحصيل المصلحة ، ودرء المفسدة طالما أن ذلك ممكن . يقول الله عز وجل : « فاتقوا الله ما استطعتم » (٢) أما عند التنازع بحيث لا يكون من المستطاع الا تنفيذ فعل واحد : اما تحصيل المصلحة واما درء المفسدة . وهنا علينا أن ننظر : فان كانت المفسدة اعظم خطرا من نفع المصلحة وجب درء المفسدة بلا جدال . وذلك مثل مفسدات المعاصي التي لا تخلو من بعض المنافع كما هو الحال في الخمر : فقد حرمها الله عز وجل لما فيها من اثم كبير يفوق ما قد يكون فيها من نفع (٣) .

(١) المرجع السابق - ص ٨٨ .

(٢) سورة التغابن . من الآية رقم « ١٦ » .

(٣) يقول الله تعالى : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس واثمهما اكبر من نفعهما » .

وأما ان كانت المصلحة اعظم من ضرر المفسدة فانه يتعين تحصيل النفع الكائن في المصلحة بغض النظر عن بعض الاضرار التي يمكن تحملها من المفسدة . وقد مثل الامام ابن عبد السلام لهذه الحالة بامثلة كثيرة منها : الاكراه على التلفظ بكلمة الكفر : فعلى الرغم من مفسد هذه الكلمة فانه يجوز اجراؤها على اللسان في حالة الاكراه متى كان القلب مطمئنا بالايمان « لان حفظ المهج والارواح اكمل مصلحة من مفسدة التلفظ بكلمة لا يعتقدونها الجنان ولو صبر عليها لكان أفضل لما فيه من اعزاز الدين واجلال رب العالمين » (١) . ويمكن التمثيل لذلك بحالة المضطر الذي تتوقف حياته على تناول شيء من طعام محرم أما لحق الله عز وجل كما هو الحال في الميتة ولحم الخنزير ، وأما لحق العبد كما الحال بالنسبة لتناول طعام الغير عند الضرورة (٢) .

الأساس الحقيقي لنظرية الضرورة : هو ازالة الضرر :

١٤٨ - لم يكن لنا من مقصد وراء ما عرضناه من تنازع المصالح والمفاسد أو الموازنة بينهما الا الوصول الى الهدف الأساسي من هذا البحث . الا وهو الأساس الحقيقي لنظرية الضرورة .

فمن الموازنة بين المصالح والمفاسد خرجنا بنتيجة أساسية هي : ازالة الضرر أينما وجد ، فان طرأت ظروف تجعل الانسان ملزما باختيار أحد أمرين ولا بد . فان الواجب عليه أن يوازن بينهما فينفذ أكبر الأمرين نفعا أو اقلهما ضررا .

بيد أن الواقع يؤكد أن المنافع الخالصة عزيزة الوجود ، ونادرة التحقيق . ولذلك فما من مصلحة الا ويكمن وراء جلبها دفع مفسدة ، في الغالب من الأمور .

(١) قواعد الأحكام ج ١ ص ٩٣ .

(٢) وقد ساق ابن عبد السلام امثلة كثيرة لهذه الحالة وتحت كل مثال تدرج امثلة فرعية متعددة المرجع السابق ص ٩٣ - ١١٣ . ثم تكلم عن حالة أخرى وهي ، اذا تساوت المنفعة مع المفسدة كما هو الحال في قطع اليد المتأكلة خوفا على الجسم كله . فاذا استوى الخوف في قطعها وابقائها فان ابن عبد السلام يقول بالخيار بين القطع والابقاء .

ولكن اذا رجعنا الى القاعدة التي تقول : « درء المفسد مقدم على جلب المصالح فان القول بالقطع يكون هو الاقرب الى قواعد الشريعة كما هو ظاهر .

ومن ناحية أخرى فإن تنازع المصالح الذى يحدث بصدد حالة الضرورة ؛ هو فى واقع الأمر تأكيد لمبدأ ازالة الضرر • فالتنازع يدعونا الى الموازنة حتى نصل الى طريق الخلاص من هذه الظروف الاضطرارية •

وأسلم الحلول هو الذى يؤدى الى تفادى كل الاضرار ، ان أمكن ذلك • أو الذى يؤدى الى دفادى الاضرار الجسيمة ، ولو على حساب تحمل أقل ضرر ممكن •

وتحمل أقل ضرر ممكن يعتبر فى النهاية من قبيل ازالة الضرر • لاننا بذلك نكون قد ازلنا الاخطار الجسيمة • أما تحمل الاضرار القليلة فلا يعتبر ، بل ولا يقاس بالنسبة لما حدث بالفعل من تفادى الاضرار الخطيرة •

وهكذا ثبت لنا بحق أن التنازع ثم الموازنة ليسا فى الحقيقة هما الأساس الذى تقوم عليه نظرية الضرورة • ولكن أساسها الحقيقى ينحصر فى ازالة الضرر • ذلك المبدأ الذى عرفنا مصدره • وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » •

المبحث الثانى

أساس الضرورة فى القانون الوضعى

١٤٩ - زمن بعيد والبحث مستمر حول الوصول الى أساس للحكم الذى يعطيه القانون لمرتكب الجريمة تحت سلطان الضرورة • فقد تعرض لذلك بعض شراح القانون الرومانى (١) • كما حاول الكتاب فى القرون الماضية البحث عن أساس الاعفاء من العقاب فى حالة الضرورة • ويحاول البعض الآن البحث عن أساس الاباحة فى هذه الحالة •

وسنحاول فى الفقرات التالية ايجاز النظريات التى نادى بها الشراح وصولا الى هذا الأساس • وذلك على النحو التالى :

١ - الضرورة والقانون الطبيعى •

٢ - الضرورة وعيوب الارادة •

(١) حيث رأى فريق منهم أن عدم العقاب فى حالة الضرورة يرجع الى انتفاء القصد الجنائى لدى الفاعل • أو الى انتفاء ركن عدم مشروعية الفعل •

- ٣ - الضرورة واتقاء القصد الجنائي •
- ٤ - الضرورة وعدم المنفعة من العقاب •
- ٥ - الضرورة والتنازع بين الحقوق •

١ - الضرورة والقانون الطبيعي

١٥٠ - يرى أصحاب هذه النظرية أن القانون الوضعي قد اعد لتنظيم حياة الناس بشكل أدق وأوفى من القانون الطبيعي • فالأول قد حل محل الثاني ولكنه لم يلغه تماما « فاذا عجز القانون الوضعي عن تحقيق الغاية من وضعه عادت الى القانون الطبيعي قوته » (١) وهذا الأخير يسمح لكل شخص أن يحمي حقوقه ومصالحه في حالات الخطر ولو كان ذلك على حساب حقوق الغير ومصالحهم (٢) • فالأصل أن كل خيرات الأرض ملك شائع لبنى الانسان جميعا • فلما جاء القانون الوضعي ادخل ما أسماه نظام الملكية الفردية • وبمقتضى هذا النظام يحق لكل فرد أن يتصرف في ملكه لتحقيق مصالحه الخاصة • « بيد انه اذا ضاقت الحال بفرد • وكاد العدم يهلكه • ولم تتداركه رحمة أو عطف من بنى جنسه ، فعند ذلك يثبت عجز القانون الوضعي عن تحقيق الغاية المنشودة من وضعه • وعندئذ تعود للقانون الطبيعي قوته • ويحق لهذا الفرد أن يأخذ من مال الغير ما يقيم أوده وينقذه من الهلاك (٣) »

١٥١ - وقد تناول جرسىوس هذه الفكرة في كتابه قانون الحرب

(١) الأستاذ الدكتور محمد مصطفى القللى - المرجع السابق - ص ٤٢٥

(٢) La loi naturelle autorise l'individu à se preteger lui même en cas de danger, même en sacrifiant les droits d'autrui. Garraud, t, 1er, n° 391, p. 698.

(٣) القللى - المرجع السابق - ص ٤٢٦ • وقد كان رجال القانون الكنسي من القائلين بهذا المبدأ ، وذلك بشأن إعفاء السارق من العقاب متى ارتكب جريمة السرقة في حالة القحط والعوز الشديد • ومع أنهم قالوا بذلك عند اقتراف احدى جرائم الأموال انقاذا للنفس من الهلاك ، فانهم لم يسلموا أبدا بسقوط المسؤولية في حالة ازهاق روح من أجل انقاذ روح أخرى « فنسمة الروح لا ينزعها الا بارئها - عز وجل - (المرجع السابق - نفس الموضع) •

والسلام وخلصتها ان الفرد قد يرتكب افعالا غير مشروعة - في
ظاهرها - ولكنه قد يكون صاحب حق في ذلك لانه لم يرتكب هذا
الفعل الا تحت حكم الضرورة الملحة (١) . فقد قال في كتابه المذكور
« الضرورة وهى السبب القوى الذى يعتبر وسيلة من وسائل الضعف
البشرى . . تبرر كل الافعال التى ترتكب اضطرارا تحت حكمها » (٢)
ثم قال من ناحية أخرى انه توجد قوانين - حتى بين الشرائع الالهية -
تتضمن استثناء ضمنا بعدم تطبيقها « فى حالات الضرورة الملحة » (٣) ،
وقد استنتج من هذا أن كل فرد ينقاد تلقائيا الى الاعتداء على اموال
الغير - مثلا تحت ضغط الحاجة الملحة - يعتبر منصفاً ومحقاً لان هذا
(الحق) حينئذ ينبعث من الوحدة الأصلية (٤) أى الشركة الحقيقية
بين البشر .

١٥٢ - وقد ربط جروسيوس ، مع ذلك ، هذا الحق بالفرض الذى
تكون فيه حاجة الغير (المحتاج) زائدة عن حاجة المالك (٥) .

بمعنى أن يكون لدى المالك فائض عن حاجاته بما يسد حاجة الغير
الملحة ، أما اذا كانت الحاجات متساوية فإن المالك يستطيع أن يمنع
ملكه عن الغير ولو بالقوة (٦) لان المالك المحتاج الى ملكه أحق به من
غيره مهما كانت ظروف هذا الغير .

ثم نراه أيضا يبسط هذا المبدأ المستخلص من حالة الضرورة الى
كل فروع القانون ، وبصفة خاصة الى المواد الجنائية فالعفو عن الجريمة
يقبل بناء على هذا الأساس (٧) .

١٥٣ - ويلاحظ على وجهة نظر جروسيوس ، انها خليط من أفكار
مختلفة ، تشتمل على مبادئ متعددة مثل : الاستثناء من القانون ،
والرجوع الى مبدأ الاتحاد الأصلى ، وأيضا الضعف الملازم للطبيعة

(١) فورييه - المرجع السابق - ص ١٠٨ رقم ١٨٤ .

(٢) GROTIUS, le droit de la guerre et de paix .

(٣) جروسيوس - المرجع السابق - نفس الموضع - ومشار اليه

مشار اليه فى رسالة الأستاذ فورييه - المرجع السابق - ص ١٠٨ .

فى فورييه - المرجع السابق ص ١٠٨ .

(٤) فورييه - المرجع السابق - نفس الموضع .

(٥) المرجع السابق - نفس الموضع .

(٦) فورييه - المرجع السابق - ص ١٠٩ .

(٧) المرجع السابق نفس الموضع .

البشرية (١) . كما يبدو من عبارته مثل قوله : « يجب أن لا يعاقب الناس عن الأخطاء التي ليس في إمكانهم تجنبها ، والتي هي نتيجة لطبيعتنا البشرية القابلة للانعطاب » (٢) .

١٥٤ - أما يوفاندورف فقد انتقد بعض أفكار جرسوس قائلا انه لا يوجد استثناء من القانون (٣) . ولكنه انتقاد في غير محله (٤) .

ومع ذلك فقد أبرز يوفاندورف بعض أمثلة لحالة الضرورة مثل قطع بعض أعضاء الجسم حفاظا على سلامته وانقاذ حياة المريض « وقتل احد المتعلقين بخشبة لنجاة الآخر اذا كانت الخشبة لا تتحملهما » (٥) .

١٥٥ - ومن كتاب القانون الطبيعي الذي درسوا هذه الفكرة من وجه آخر امير قاتيل Emer vattel فقد تناول حق الملكية مينا انه يتعين أن يكون مقيدا في مثل حالات الضرورة . ثم برهن على وجة نظره فقال :

La terre doit nourrir ses habitants ; la propriété des uns ne peut réduire celui manque de tout à mourir de faim

فهو يريد أن يقول : أن الأرض تغذى ساكنيها وان المالك لشيء منها لا يستطيع أن يمنع هذا الذي يكون في حاجة الى الغذاء حفظا له من الموت جوعا (٦) .

(١) المرجع السابق - نفس الموضع - رقم ١٨٥ .

(٢) المرجع السابق - ص ١١٠ - ١١١ .

(٣) Pufendorf. Du droit de la nature et de gens, liv 11, chap VI, ss/p. 278.

مشار اليه في فورييه المرجع السابق - ص ١١١ .

(٤) فورييه نفس الموضع .

(٥) ولنا وقفة طويلة مع مثل هذه الحالات عند تقدير النظريات القانونية اجمالا فضلا عما تقدم .

(٦) VATTEL, le droit de gense liv 11 chap IX, S 117.

مشار اليه في فورييه - المرجع السابق ص ١١٥ .

(٧) وقد سبق القول بأن بعض شراح القانون الكنسي اشاروا الى هذه الفكرة .

(٨ م - نظرية الضرورة)

تقدير النظرية :

١٥٥ - ومع كل ما تضمنته النظرية من مزايا ، فإن رجال القانون الوضعي لم يقبلوها ولم يسلموا بشيء منها وذلك لما اشتملت عليه من المآخذ الآتية :

أولاً : أن القانون الوضعي ، لم تشرع أحكامه إلا من أجل تطبيقها في مجتمع منظم ، فهو لم يوضع إلا ليحكم في كل ظروف المجتمع الذي وضع ليطبق فيه ، ويستوى ، في هذا ، أن تكون تلك الظروف طبيعية أو شاذة .

وعلى ذلك فالقول بأن القانون الوضعي يتضمن استثناء ضمناً بالرجوع الى القانون الطبيعي في الظروف الاستثنائية قول من قبيل « المجاز المحض » (١) .

ثانياً : انه ليس هناك ما يدعو - الى الالتجاء الى القانون الطبيعي في حالة الضرورة ، لأن القانون الوضعي قد نظم جميع أحكامها بنص صريح ، وعلى حد تعبير فورييه ، فإن قانون العقوبات لا يتضمن نظماً من شأنها محو وصف الجريمة عن الفعل إلا المادة « ٦٤ » من قانون العقوبات الفرنسي - تقابلها المادة ٧١ من قانون العقوبات البلجيكي (٢) . وكذلك الحال عندنا في مصر حيث لا يتضمن قانون العقوبات المصري الحالي سوى المادة ٦١ منه والتي تجعل من جريمة الضرورة فعلاً غير معاقب عليه .

ثالثاً : من المعلوم اننا نبحث عن أساس حكم الضرورة في القانون الوضعي . وينبني على ذلك انه يجب - في نظرنا - عندما نريد الوصول الى أساس حكم معين أن نبحث عن أساسه في نفس القانون الذي يقره .

فاذا كنا بصدد دراسة أحكام الضرورة في القانون الوضعي ، وجب البحث عن أساس هذه الأحكام في ذات القانون الوضعي . . . وهذا ، حدث لنا فعلاً حيث سبق أن بحثنا عن أساس الضرورة في الشريعة

(١) المرجع السابق - نفس الموضع .

(٢) فورييه - المرجع السابق - ص ١١٩ فقرة ٢٠٢ .

الإسلامية لاننا ندرس أحكام الضرورة في هذه الشريعة الغراء . وكانت أبحاثنا عن الأساس المذكور تتصل اتصالا مباشرا بنصوص كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وما جاء عن فقهاء الشريعة في هذا الشأن .

واذن فالقول بأن القانون الطبيعي هو أساس حالة الضرورة التي يحكمها القانون الوضعي بنصوص صريحة هو - في رأينا - قول غير منطقي في ذاته .

٢ - الضرورة وعيوب الارادة

١٥٧ - في أوائل القرن السادس عشر بحث اندريه تيراكو (١٤٨٠ - ٥٥٨) : جريمة الضرورة « وحاول الوصول الى أساس لعدم عقاب فاعلها ، وذلك عن طريق البحث في عيوب الارادة والقصد الجنائي ، حيث تردد في القول باعفاء الفاعل من العقاب اعفاء تاما عندما يشوب ارادته عيب من عيوب الارادة أثناء ارتكابه للجريمة ، الا فيما يتعلق بحالة الضرورة المطلقة ، التي هي في الحقيقة ، اكراه مادي ، (اذ لم يتردد في اعفاء الفاعل من العقاب بالكلية في هذه الحالة) ، كما انه رفض فكرة الاكراه الشرطي أو الاكراه الجزئي ، فلم يعتبره سببا في تبرئة الفاعل من العقاب ، وانما ينحصر أثره في تخفيف العقوبة فقط (١) .

فهو يرى أن حالة الضرورة هي من عيوب الارادة . وان الأصل في هذه العيوب انها لا تعفى الفاعل من العقاب بالكلية . ولكنه استثنى من هذه العيوب حالة الضرورة الملحة ، فانها تكون سببا في اعفاء الفاعل من العقاب اعفاء تاما ، والضرورة المطلقة هي - عنده - في حقيقتها اكراه مادي مع ملاحظة أن الاكراه الجزئي يأخذ عنده حكم يقيه عيوب الارادة وهو تخفيف العقوبة فقط .

١٥٨ - وقد أشار دوما بعد ذلك الى الفارق الأساسي الذي يوجد - في نظره - بين أثر الاكراه والضرورة في الاتفاقات المدنية وبين أثرهما في اختيار الأفعال الحسنة أو القبيحة .

ANDRE TIRAQUEAU DE poenis temprandis, caus 33, (١)

36 et 51.

مشار اليه في رسالة المسيو فورييه - المرجع السابق - ١٠١-١٠٢ .

فعند وجود ضغط على حرية الانسان من أجل ارتكاب جريمة أو ظلم للغير فإن هذا الضغط قد يضعف من هذه الحرية ولكنه لا يهدمها . ذلك أن الذي يستسلم للقوة ويرتكب الجريمة - مضطرا أو مكرها - هو في الواقع يختار ترك واجبه لكي يتفادى ضررا من طبيعة أخرى .

«Celui qui cedant a la force, se porte a une crime, choisit VOLONTAIREMENT d'abandonner son devoir pour EVITER un mal d'une autre nature^(١)».

أما بالنسبة للعقود فإن الأمر يختلف ذلك أن الانسان اذا اكره على التعاقد فإن حريته لا تسمح بالقول بأنه تصرف بالرضاء الكامل الواجب توافره في التعاقد (٢) .

وقد تناول شراح القرن الثامن عشر امثال جوس * ودي فوجلان وغيرهما هذه الأفكار التي مهدت لرجال القرن التاسع عشر الطريق السليم للوصول الى أساس لحالة الضرورة (٣) .

تقدير هذه الآراء :

١٥٩ - تلك هي بعض محاولات الشراح في ذلك الحين وهي محاولات لها غايتها حيث مهدت الطريق أمام دراسات جادة نحو تأسيس نظرية الضرورة . فافكار دوما لها أثرها الفعال ، وهي تكاد تقترب مما يقرره الشراح في الوقت الحاضر من أن الجاني في حالة الضرورة يختار بحريته الضيقة ارتكاب الجريمة ليتفادى ضررا أكبر .

الاكراه المعنوي أساسى الضرورة :

١٦٠ - وما يتصل بهذه الأفكار - وبصورة أكثر وضوحا - تلك الآراء التي تؤسس نظرية الضرورة على فكرة الاكراه المعنوي . وهي

(١) DOMAT, les lois civiles dans leur ordre nature (Paris 1695) t. 1er, p. 556 et suivant.

(٢) دوما - المرجع السابق - ص ٥٥٦ وما بعدها .

(٣) فوربيه - المرجع السابق - ص ١٠٥ - ١٠٦ .

فكرة قديمة (١) تبناها بعض الشراح الالمان في القرن السادس عشر (٢) ثم بعض الشراح الايطاليين في القرن الثامن عشر (٣) ، وقد استمرت دراستها في تقدم ملحوظ أثناء الثلاثة الارباع الأول من القرن التاسع عشر (٤) .

وقد أشار بعض الشراح البلجيكيين امثال هوس ونبييل وادولف برنس (٥) الى أنهم يفضلون تأسيس حالة الضرورة على فكرة الاكراه المعنوى . ذلك أن الخوف الذى يؤثر على الارادة بقوة ليس فى الامكان مقاومتها قد يكون ناشئا عن حادثة طبيعية من شأنها أن يتعرض معها الشخص الى خطر حقيقى حال ، لا يمكن تجنبه الا بالاضرار بنفس الغير أو بامواله (٦) واقرب مثل لهذا ، حالة البائس الذى يستولى على طعام الغير من أجل انتقاذ نفسه (حياته) أو حياة أسرته . فمن يقع فى مثل هذه الظروف لا يعتبر مذنباً (٧) . وقد لاحظ نبييل أن كلمة اكراه «Contrainte» الواردة فى نص المادة ٦٤ من قانون العقوبات الفرنسى ليست من العموم الذى يكفى لحكم جميع حالات الاضطرار . بعكس العبارة الواردة فى التشريع الالمانى «Nothstand» رهى مقابلة للعبارة الفرنسية : *ntcessité légitime* — أى الضرورة الشرعية فهى من العموم بحيث تشمل كل حالات الضرورة (٧) .

١٦١ - ويستفاد من هذه الدراسة محاولة الوصول بنص المادة ٦٤ من قانون العقوبات الفرنسى (٧١ عقوبات بلجيكى) الى العموم الذى قاله الشراح الالمان وذلك عن طريق التوسع فى كلمة اكراه باعتبار أن الضرورة صورة ثانية من صور الاكراه المعنوى اذا المضطر مكره معنويا

(١) فقد نسبت الى بعض شراح القانون الرومانى . ثم تلقاها شراح القرون الوسطى الذين توسعوا فيها توسعا ملحوظا تأثرا بنظام الرقيق الذين قد يضطرون الى ارتكاب الجرائم نزولا على رغبة سادتهم (الدكتور القللى - المرجع السابق ص ٤٢٧) .

(٢) فوربيه - المرجع السابق ص ٣٩ : فقرة ٢٢٧ .

(٣) المرجع السابق - نفس الموضع .

(٤) المرجع السابق - ص ١٣٩ فقرة ٢٨٣ .

HAUSE, Principes generaux du droit penal belge, 3ed. t. (٥)

1er n° 691, p. 529.

(٦) هوس - المرجع السابق - ص ٥٢٩ .

NYPELS, Cade penale interprété, n°/Oet 11, p. 166 et 15٧ (٧)

(1896).

وبالتالى فيتعين ادخال كل صور الاضطراب الاخرى تحت هذا المعنى (١) .

وقد نادى بهذه الفكرة كثير من الشراح الفرنسيين امثال مولينيه (٢) ورتبونيان وغيرهما . ذلك أن شدة الجوع يمكن اعتبارها اكراها معنويا يكفى لاستبعاد الجانب الاجرامى فى الفعل المرتكب لان غريزة حب البقاء من جهة ، والضرر الحال من جهة أخرى يعتبران من الأسباب التى قد تسلب من الانسان حريته فى اختيار الفعل ، مما يؤدى بعد ذلك الى سلخ صفة الاثم من الفعل المكون للجريمة فيصبح فعلا غير محرم (٣) .

١٦٢ - وفى القرن العشرين لم تعدم النظرية من ينادى بها ويدافع عنها امثال جين كونستانت . الذى يرى انه ازاء سكوت المادة ٦٤ فرنسى (٧١ ع بلجيكى) عن حالة الضرورة اكتفاء بالاكراه فانه يمكن ادراج حالة الضرورة فى مضمون الاكراه المعنوى من باب أولى لانها أقل الحاحا منه . أو انها درجة مخففة من درجات الاكراه المعنوى .

(٤) La nécessité est en quelque sorte un degré inférieur de la contrainte

فهى حالة الفرد الذى يتمتع فى الظاهر بكل حريته ولكنه يجد نفسه مكرها على التضحية بحق من أجل انقاذ حق آخر (٥) .

تقدير نظرية الاكراه المعنوى :

١٦٣ - بيد أن هذه النظرية - مع كل ما تقدم - يمكننا أن نقول عنها انها نظرية مهجورة فى العصر الحديث . فعلى الرغم من أنها كانت سائدة فى نظر شراح القرن التاسع عشر ، فانها لم تجد قبولا من جمهور الشراح فى القرن الحالى .

ولعل السبب فى ذلك يرجع الى ما اشتملت عليه من بعض المآخذ التى تتلخص فيما يأتى :

- (١) فوريه - المرجع السابق - ص ١٤٣ فقرة ٢٤٤ .
- (٢) MOLINIER, Traité theorique et pralique du droit penl, t. 11, p. 192.
- (٣) Trébutient, Cours élémentaire de droit criminel, 2 ed, paris 1878 n°548
- (٤) Jean Constant, Manuel de droit penal 1940 n°140 et 141.
- (٥) جين كونستانت - مختصر قانون العقوبات - رقم ١٤٠ - ١٤١ سنة ١٩٤٠ .

اولا : ان هذه النظرية غير منطقية مع نفسها لان حالة الضرورة لا تفرض على المضطر عملا معينا ، وانما هو بنفسه يختار الطريق الذى يراه مناسباً لتخليصه من الخطر الجسيم الذى يهدده فهو بهذا يتخير الفعل الذى يرى انه سبيل الخلاص مما يحيط به (١) .

ثانيا : ومما يؤخذ على هذه النظرية أيضا انها تؤدي الى وضع القاضى أمام صعوبة جسيمة فليس من الهين أن يتبين الحالة النفسية لدى الفاعل وقت حلول الخطر وليس من اليسير - على القاضى - أن يعرف مدى ما وصلت اليه حرية الشخص الذى احاطت به الاخطار : هل أصبحت حرية مقيدة ؟ واذا صارت كذلك فهل يمكن اعتبار هذا القيد اكراها معنويا أم انه مجرد ظرف قد يستدعى تخفيف العقاب ؟

ثالثا : من مثالب تلك النظرية أيضا أنها لا تصلح لتعليل الاعفاء من العقاب الا فى الحالات التى يتحقق فيها معنى الاكراه والقهر (٢) ذلك ان هنالك حالات كثيرة من حالات الاضطراب لا يصلح الاكراه المعنوى سندا لها . من ذلك مثلا حالات الضرورة المتعلقة بالمال وحالات الضرورة المتعلقة بالغير . حيث لا يبدو أن الذى يقوم بانقاذ ماله من الخطر مكرها ؛ خاصة اذا كان المال قليلا ؛ يمكنه الاستغناء عنه بلا ضرر جسيم . كما أن حالة الضرورة القائمة بالغير لا تسمى اكراها حيث لا يمكن الادعاء بأن الذى ينقذ غيره من خطر جسيم هو فى حالة اكراه معنوى ؛ خاصة اذا كان هذا الغير لا تربطه أى علاقة من علاقات القرابة أو الصداقة .

رابعا : ان هذه النظرية - فى رأينا - لم تأت بأية نتيجة فيما يتعلق بأساس نظرية الضرورة .

(١) وفى هذا يقول الأستاذ الدكتور على راشد : « والواقع انه يعيب رأى المتقدم فضلا عن ذلك من الناحية النظرية ان ارجاع الاعفاء حتى فى حالة الاكراه المعنوى الى سبب شخصى مصدره انعدام الأهلية لتحميل المسؤولية ينطوى على بعض التجاوز لان الاكراه المعنوى ليس معناه انعدام الإرادة كما نعلم ومن ثم فلا أثر له نظريا على قيام أهلية الجانى لتحميل المسؤولية » . (مبادئ القانون الجنائى ص ٥٥٥ رقم ٥٩٥ القاهرة ١٩٤٨) .

(٢) الدكتور السعيد مصطفى السعيد الأحكام العامة فى قانون العقوبات ص ٤٤٧ - القاهرة ١٩٦٢ م .

وبيان ذلك أن نظرية الضرورة هي من العموم بحيث يعتبر الاكراه صورة من صورها (١) وحتى لو أمكن القول بأنهما خالتان مختلفتان ، فإن الرابطة بينهما رابطة جوهريّة لا انفكاك لها تلك الرابطة التي تتمثل في ضرورة مواجهة خطر جسيم حال (٢) ، كما سبق أن بينا - فالمضطر الى تناول طعام الغير يواجه خطرا جسيما حال لا يستطيع دفعه الا بهذا التناول . والمهدد بالقتل على ارتكاب فعل محرم هو أيضا مضطر - وان سعى مكرها - يواجه خطرا جسيما حال لا يستطيع دفعه الا بارتكاب هذا الفعل المحرم .

وبناء على ذلك فالتنا نرى أن تعليل أحكام الضرورة بالاكراه المعنوي ليس له ادنى ثبرة في الوصول الى الأساس القانوني لنظرية الضرورة . اذ هو في تقديرنا من قبيل تعليل الشيء بنفسه أو على الأقل بصورة من صورته .

خامسا : ومع كل ما تقدم فالتنا لو سلمنا جدلا بقبول فكرة الاكراه المعنوي أساسا لنظرية الضرورة . فإن هذه الفكرة تظل هي ذاتها في حاجة الى أساس قانوني لها هي الأخرى .

وهكذا فإن نظرية الاكراه المعنوي لم تتقدم بالدراسة القانونية خطوة واحدة في سبيل الوصول الى الأساس القانوني لنظرية الضرورة (٣) .

٣ - الضرورة وانتفاء القصد الجنائي

١٦٥ - يقول بعض الشراح ان عدم العقاب في حالة الضرورة يرجع الى انتفاء القصد الجنائي لدى الفاعل ، أو عدم توافر نية الاضرار

Cuche, Revue pénitentiaire 1900 p. 1446.

(١)

الدكتور محمود محمود مصطفى - المرجع السابق ص ٣٢٦ رقم ٣٢٩

(٢) الدكتور ادوارد توفيق في رسالته بالفرنسية - السابق الإشارة

اليها - ص ٢٦ .

(٣) ولعل السبب الذي دعا كثيرا من الشراح الفرنسيين والبلجيكي الى القول باعتبار الاكراه المعنوي أساسا لحالة الضرورة هو محاولتهم سد النقص في القانونيين الفرنسي والبلجيكي اللذين اقتصر في نصوصهما على ذكر الاكراه فقط :

«au lersque'il a été contraint par une force a la-quelle il n'a pas resister».

فحاول الشراح والقضاة هنالك التوسع في معنى كلمة اكراه حتى يمكن ان تندرج في حكمها كل صور الاضطراب الأخرى .

بالغير عنده (١) . وقد ذهبت الى ذلك بعض الأحكام (٢) التي سببت قضاءها باعفاء الجاني من العقاب في حالة الضرورة بان القصد الجنائي غير قائم لديه (٣) . فالشخص الذي يكاد يهلك جوعا ويسر ما يتبلغ به لم يقصد الا حفظ نفسه من التلف . ولم يدر بذهنه أن يلحق الضرر بغيره (٤) .

١٦٦ - وهذا القول لا يمكن التسليم به على أي حال (٥) . لانه يخلط بين القصد الجنائي وبين الباعث على الجريمة (٦) . ومن المسلم به فقها وقضاء انه لا عبرة بالبواعث (٧) . ومن ناحية أخرى فان القصد الجنائي ما هو الا علم الجاني بانه يرتكب جريمة بالشروط المحددة في القانون (٨) .

(١) برنس : مجلة العلم الجنائي ص ٤٣١ . حيث اشار الى هؤلاء الشراح .. ولا تنسى بان بعض الشراح الرومان قالوا بهذه الفكرة .
(٢) وخاصة الحكم المشهور الصادر من محكمة استئناف Amien في ١٨٩٨/٤/٢٢ سري ٩٩ - ٢ - بشأن الحكم المستأنف الذي اصدرته محكمة Chateaux thierry في ١٨٩٨/٣/٤ في القضية المعروفة بقضية : Manard

(٣) وقد ذهبت محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ ٦ اكتوبر سنة ١٩٤٥ الى قبول هذا الأساس لصالح احد اليهود ، حيث هرب من مطاردة الألمان له الى معسكر التجمع والتفريب في باريس مستعملا في بطاقته الشخصية حالة مدنية غير حقيقية . (دالوز ١٩٤٥ - ل - ص ١١٥) .

(٤) الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل - المرجع السابق - ص ٥٠٩ .
(٥) ادوارد توفيق - المرجع السابق ص ٢٣ .
(٦) محمود ابراهيم اسماعيل المرجع السابق ص ٥٠٩ .
(٧) المرجع السابق - نفس الموضع . محمود محمود مصطفى - المرجع السابق ص ٢٨٧ - رقم ٢٩ - على راشد المبادئ ص ٥٥٧٢ .
عبد المهيم بكر سالم - المرجع السابق ص ٢٨٣ رقم ١٧٣ . « مبدأ عدم الاعتداد بالباعث أو الفاية من الفعل الاجرامي مبدأ يسود في القانون الفرنسي والقانون المقارن (عبد المهيم بكر - السابق ص ٢٨٤ - والمراجع الكثيرة المشار اليها في هامش (١) من نفس الصفحة) .

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على هذا المبدأ حيث تقول :
بعض احكامها : « ان الباعث على الجريمة ليس ركنا من أركانها فمتى توافرت أركان الجريمة وجب العقاب ولو لم ينكشف الباعث الذي دعا الجاني الى مقارفتها (نقض ١٩٣٧/٤/٢٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ٧٧ - ٧٩ . وايضا نقض ١٩٤٤/١/٣١ مجموعة القواعد ج ٦ ص ٢٩٤ - ٢٩٨) .

(٨) «l'intention juridique c'est la connaissance chez l'agent, qu'il accomplit ce délit dan les conditions determinees par la loi» .

وعلى ذلك فإن تأسيس نظرية الضرورة على انتفاء القصد قول غير مقبول بالمرّة وإذا وصفه البعض بأنه خطأ فانه لا يكون مبالغاً في هذا الوصف (١) . بل أن القائلين بانتفاء القصد الجنائي هنا يتناقضون مع أنفسهم كما - يبدو لنا - ذلك أن القصد الجنائي إذا لم يكن متوافراً فإن الجريمة العمدية لا يتصور قيامها مطلقاً - سواء في حالة الضرورة - أو في غيرها - واذن فليس هناك ما يدعو الى القول باباحة جريمة الضرورة لانها - على هذا الاعتبار - غير قائمة .

١٦٧ - والمشاهد عملاً هو أن الفعل المكون لجريمة الضرورة انما هو عمل ارادى مخالف للقانون مخالفة حقيقية فقد اتجهت نية الفاعل الى قصد اتيان هذه المخالفة قصداً حقيقياً لا شك فيه .

والخلاف الآن دائر حول تبرير القول باباحة هذا الفعل واعفاء الجاني من العقوبة المقررة له . واذن فلا يتصور انتفاء القصد - هنا - والقول بذلك مخالفة للواقع .

أما ما ذهب اليه محكمة استئناف Amiens في القضية التي عرضت عليها في ٢٢ ابريل سنة ١٨٩٨ من أن مدام Menard لم تكن لديها قصد العش : L'intention frauduluse . فهو قول قد اخطأ - تماماً - في تحديد مبدأ القصد في قانون العقوبات (٢) كما انه خلط بين قصد العش وبين القصد الجنائي (٣) .

ذلك أن هذه المرأة تعرف تماماً انها ستعرض للعقاب لانها تناولت شيئاً غير مملوك لها . والعنصر الاجرامى عنصر أساسى في جريمة السرقة، وهو يتركز في معرفة أن الشيء المختلس (أو المسروق) بقصد الاستيلاء

=

ادوارد توفيق المرجع السابق ص ٢٣ . عبد المهيمن بكر سالم - المرجع السابق ص ١٠١ وما بعدها . . وعلى الاخص ص ١١٣ وفي خانة الرسالة يقول سيادته أن الفكرة الاولى للقصد . . تعنى العلم المتصل بارادة النشاط ص ٢٢٣ .

(١) «C'est donc, non seulement une erreur, mais encore une faute de justifier le delit nece ssaire par l'absence de l'intention criminelle.

من رسالة الدكتور ادوارد توفيق - المرجع السابق - ص ٢٢ .

(٢) المرجع السابق نفس الموضع .

(٣) فورييه - المرجع السابق - ص ٢ رقم ٣ .

عليه مملوك للغير (١) .

١٦٨ - فضلا عن ذلك : فان هذا الرأي رغم مخالفته للواقع تترتب عليه النتيجةين الآتيتين . وهما من النتائج التي لا يمكن قبولها :

١ - ان حالة الضرورة لا يمكن تطبيقها الا في الجرائم العمدية .

٢ - ان هذا الرأي يؤدي بصفة خاصة الى تحريف نظرية القصد ، وذلك بالخلط بين القصد والباعث (٢) كما سبق فالشخص الذي يقدم على ارتكاب الجريمة « حذر الموت » يعلم تمام العلم انه ياتى عملا يجرمه القانون ، غير أن غريزة حب البقاء هي التي أوحى باندفاعه الى ارتكاب الجريمة ، رغم علمه بأن القانون يحرمها (٣) .

وعلى ذلك فان هذا الرأي غير مقبول برمته (٤) ويجب البحث عن أساس جديد .

٤ - نظرية عدم الفائدة من العقاب

Théorie De L'absence de utilité sociale

نظرية عدم الفائدة من العقاب هي واحدة من النظريتين اللتين تحتلان اليوم مكانا بارزا في الدراسات القانونية ، والتي تدور حول الوصول الى أساس قانوني لحالة الضرورة (٥) وقد لخص الأستاذ البلجيكي فورييه هذه النظرية في العبارة التالية :

L'acte necessaire ne serait pas punissable parce que la peine ne servirait a rien, n'ayant aucun caractère soit exemplatif soit intimidateur, n'entraînant pas l'amendement du coupable . » (٦)

أي أن جريمة الضرورة لا تستوجب أى عقاب . لانه لن يأتى بشمرة ما ، وليست له أى صفة قانونية . لا من حيث الردع أو الزجر ، ولا من حيث التخويف والارهاب ، كما أن العقاب - في حالة الضرورة -

(١) ادوارد توفيق - المرجع السابق - ص ٢٣ .

(٢) يراجع في بيان مساوىء هذا الراى ايضا :

دكتور : ادوارد توفيق - المرجع السابق - ص ٢٣ .

(٣) الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل - المرجع السابق - ص ٥٠٩ .

(٤) الدكتور ادوارد توفيق - المرجع السابق - ص ٢٣ .

(٥) و (٦) فورييه - المرجع السابق - ص ١٤٤ - رقم ٢٤٦ .

لا يعتبر سببا باعثا على اصلاح المجرم (١) .

١٦٩ - وهذه النظرية ليست الا تجديدا لافكار فلسفية معينة ، وبعبارة أكثر دقة ، ليست الا استمرارا لهذه الأفكار التي نادى بها كانت KANT والتي وجدت لها صدى قويا في ألمانيا ، وإيطاليا في القرن التاسع عشر (١) .

فهذه الدراسة الفلسفية التي ذاعت وانتشرت الى وضع مبدأ خاص بالعقاب مؤدى ذلك المبدأ أن أساس العقاب هو فائدته الاجتماعية ، فالمجتمع ليس له حق في أن يعاقب الا عن الافعال التي يعود العقاب فيها بفائدة رادعة ، وان العقوبات يجب أن تكون متناسبة مع الاضرار التي نجمت عن الجريمة . ويفهم من فائدة العقاب التي قررها الفلاسفة ، مقصد ذو ثلاثة أغراض : Triple but : هي الردع ، والزجر ، والاصلاح (١) .

وقد شرح KANT (٤) جوهر هذه الفكرة فقال :

«la menace d'un mal incertain ne peut surpasser la crainte d'un mal certain»

وبما أن التهديد بالضرر غير المؤكد - كما قال كانت - لا يمكن أن يفوق الرعب الحقيقي الناشئ عن وقوع ضرر مؤكد ، فان صفة الردع أو التخويف لن يكون لها أدنى أثر على المذنب (٥) . فهو بغريزته البشرية ، لن يتحمل ضررا أكيدا خوفا من ضرر قد يحدث له في المستقبل وقد لا يحدث .

(١)

MORIAUD op cit 248 et les auteurs cités : FELIX MARCHAND, op., 70 et suivantes ALIMENA III.p. 146 et suivantes 170, 171

ويراجع أيضا فورييه - المرجع السابق - نفس الموضع وفي الفقه الألماني : VONLISTZ Lehrbuch ss33. مشار اليه في فورييه في المرجع السابق - نفس الموضع

(٢) ادوارد توفيق - المرجع السابق - ص ٢٤ ومحمود ابراهيم اسماعيل - المرجع السابق ص ٥٠٩ .

(٣) فورييه - المرجع السابق - نفس الموضع .

(٤) KANT, Principes metaphyiques du droit. paris 1853. p. 51.

(٥) فورييه - المرجع السابق - فقرة ٢٤٧ .

والخلاصة من ذلك أن كان يرى انه ليست هنالك فائدة من العقاب على ارتكاب الجريمة في حالة الضرورة (١) .

على أن عدم الفائدة من العقاب يبدو من جهة أخرى . ألا وهي عدم خطورة الفاعل من الناحية الاجتماعية . فمن ينفذ نفسه أو غيره لا يعد خطرا على المجتمع ولاشقا أو شريرا . اذ ليست له بطبيعته ميول الى الجريمة . ولكنه ، ارتكب هذا الفعل في مثل هذه الظروف الاستثنائية . ولهذا فلن يخاف المجتمع منه في المستقبل . وعلى ذلك فالعقاب هنا غير مفيد وغير فعال (٢) . ومعنى ذلك أن المجتمع يتنازل عن حقه في العقاب حيث لا فائدة منه في مثل هذه الأحوال .

١٧١ - ويؤيد هذه النظرية بعض شراح القانون المصرى حيث يقول : « وقد يكون التعليل الصحيح لعدم المسؤولية هو أنه لا مصلحة

(١) الدكتور محمد مصطفى القللى - المرجع السابق - ص ٤٢٨ .
(٢) هذه الفكرة منسوبة الى كيس كما اوضح ذلك فورييه في رسالته السابق الاشارة اليها . ص ١٤٥ . وهو ما يمكن ان يستفاد ايضا من جارسون عند تطبيقه على المادة ٦٤ من قانون العقوبات الفرنسى .
وقد رجح الأخذ بهذه النظرية الدكتور ادوارد توفيق في رسالته بالفرنسية والتي أشرنا اليها كثيرا . حيث ذكر آراء ثلاثة في بيانه لاساس حالة الضرورة . ثم انتهى الى القول بان الرأى الادق من الناحيتين القانونية والمنطقية هو الذى يأخذ في اعتباره أهداف العقاب . وبعد أن أشار الى هذه الاهداف قرر ان العقوبة مهما كانت جسيمة فان الشخص الذى يواجه خطرا جسيما حالا لن يتردد في مخالفة قانون العقوبات لانقاذ حياته المهددة . واذن فالمجتمع ليست له أى فائدة من المعاقبة على جريمة الضرورة

«le société n'a donc aucun intérêt a la repression, car l'acte ne revele aucune pervsité.

ثم استشهد بعبارة للاستاذ دوندييه دى فابر على أساس أنها تؤيد نظرية عدم جدوى العقاب باعتبار أن فابر يقول بها ... في نظرنا أنه لا يؤيد هذه النظرية وإنما له وجهة نظر أخرى سنذكرها في موضعها المناسب (ادوارد توفيق المرجع السابق ص ٢٣ - ٢٤) وعلى ذلك فالاستاذ فابر حينما قال :

«le délit necessair, ne peut : en aucun cas être considéré comme un acte contisocial».

لم يقصد مطلقا تأييد نظرية عدم الفائدة من العقاب . وليس في كلامه اطلاقا ما يدل على تأييد عدم الفائدة من العقاب . بل ان هذه العبارة التى سنورد بقيمتها في موضعها تقطع بأن السير فابر يهدف الى تأييد نظرية أخرى كما سيأتى بيانه بعد قليل .

للمجتمع في توقيع العقاب . فاذا عوقب الشخص الذي استكره على ارتكاب جريمة لوقاية نفسه . فعقابه لا تسيغه العدالة ، لانه لم يرتكب شرا . وانما دفع خطرا جسيما . ومثله لا يجد في العقاب ما يرهبه . بل يراه ظلما وعسفا . فوظيفة العقاب وهى الردع لا تتحقق في حالة الاكراه ، لان المكره ليس مثله مثل المجرم الذى يعاقب ليرتدع فلا يعود الى الاجرام . وكذلك فان الجريمة التى يرتكبها الشخص مضطرا مكرها هى كفالة لمصلحة المجتمع عند صيانة حق عام في سبيل تضحية حق آخر اقل أهمية . فاذا تساوى الحقان فلا يهتم بالعقاب مادامت الضرورة هى التى أوجبت تضحية احدهما . فالفعل المرتكب في حالة الضرورة لايجدى فيه الجزاء . ولزم من ذلك أن يخرج من نطاق ما يعاقب عليه القانون » (١) .

تقدير النظرية :

١٧٢ - نظرية عدم الفائدة من العقاب عن الجريمة في حالة الضرورة تعتبر خطوة هامة في سبيل الوصول الى الأساس الحقيقي لنظرية الضرورة ، فمن الملاحظ انها تؤدي الى القول بوجود موازنة تامة ومنضبطة بين جريمة الضرورة وبين عدم الفائدة من العقاب عليها (٢) ومقتضى ذلك أن هذه النظرية تصور حالة الضرورة على أنها مانع من موانع العقاب ، إذ أن دراستها تدور « حول القول بأن مصلحة المجتمع في عدم العقاب ترجح على مصلحته في العقاب ، وهى العلة التى تستند اليها موانع العقاب » (٣) .

١٧٣ - ومع ذلك فان هذه النظرية موضع نقد من عدة وجوه ، واذا ما استعرضنا ما وجه اليها من مآخذ ، فاننا نستطيع أن نقول انها لا تصلح أساسا لحالة الضرورة .

وفيما يلي بيان هذه المآخذ :

- (١) رسالة المسيو فورييه - المرجع السابق - ص ١٧٤ رقم ٢٥٢ .
- (٢) الدكتور محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٦٧٠ .
- (٣) القللى - المرجع السابق - ص ٤٢٩ .

أولا : أنها تستند الى أساس غير مسلم به تماما ، ذلك أن الفائدة أو المنفعة ، ليست هي - في الواقع - كل ما يجب أن يراعى في تقرير العقوبة . بل أن العدل ملحوظ فيها أيضا « والقول بغير ذلك قد يؤدي الى الشطط في العقاب أحيانا . أو الى الافلات من العقاب في أحيان أخرى ، فأساس العقوبة مزدوج بين المصلحة والعدالة (١) » .

ثانيا : هذه النظرية أغفلت - في رأينا - الميدان الحقيقي للبحث لأنها لم تحاول البحث عن أساس الضرورة في ذات الفعل المرتكب . ولا في شخصية المضرر . فالقائلون بها لم يتعرضوا لشرعية الفعل المرتكب في هذه الظروف الحرجة . ولكنهم وجهوا بحثهم الى أمر خارج عن ذلك كله الا وهو فائدة المجتمع من العقاب أو عدم فائدته .

ثالثا : هذه النظرية - على فرض قبولها - لا تصلح أساسا للضرورة الا في حالة واحدة وهي التي يكون فيها الحق المراد انقاذه أعلى في قيمته الاجتماعية من الحق المهدر . ولكن لا يمكن الاعتماد عليها في حالة ما اذا كان الحقان متساويين . ذلك أن القوانين الوضعية تكاد تجمع على أن الفعل لا عقاب عليه في مثل هذه الأحوال . ويقضى منطق النظرية أن يكون عدم العقاب هنا بدون أساس معقول وبلا هدف عملي (٢) .

رابعا : اذا سلمنا جدلا بأن أساس عدم العقاب في حالة الضرورة هو عدم فائدة المجتمع من العقاب ، فليس ذلك لأن العقاب غير مفيد في ردع الجاني ، وغير فعال في زجر غيره . وانما عدم فائدة المجتمع من العقاب هنا - يرجع الى أن الفعل - ذاته - مباح في نظر المجتمع (٣) . فليست - اذن - عدم فاعلية العقوبة هي السبب في عدم مشروعيتها بل على النقيض من ذلك ، عدم جدوى العقاب لأنه غير مشروع على الاطلاق ، اذ الفعل المباح لا يتصور أن يشرع له عقاب .

(١) المرجع السابق نفس الموضوع ويضرب البعض مثلا لذلك بالجزيرة المهجورة ، فلو أن جزيرة عقاب هذا المجرم . ولو أنه قد لا تكون هناك فائدة من عقابه . فأننا لا نسلم بهذا القول على اطلاقه . ذلك أن هنالك صورا قد يوجه فيها .

(٢) المسبو فوريه - المرجع السابق - ص ١٤٧ فقرة رقم ٢٥٢ .

(٣) المرجع السابق نفس الموضوع .

ومن هنا يبدو — في نظرنا — عدم دقة النظرية في تصويرها حالة الضرورة على أنها مانع من العقاب ، فذلك أمر يتجافى مع المنطق ، فضلا عن كونه مخالفا لما يكاد يجمع عليه الفقه في معظم بلاد العالم من اعتبار حالة الضرورة سببا من أسباب الإباحة — كما سنرى ذلك تفصيلا في موضعه .

خامسا : هذه النظرية سطحية الى حد ما : فهي قد أخذت — في اعتبارها — الفائدة التي تعود على المجتمع من العقوبة ولم تحاول التعمق الى ما وراء ذلك ؛ فهناك الشعور الانساني العام الذي يتطلب توقيع العقاب عن الجرائم حتى ولو بدا في ظاهر الأمر أنه غير مفيد ، فليست فائدة العقاب مقصورة على ما اذا كان الحق المئدر أكبر قيمة من الحق المصان . فتلك نظرة سطحية جدا . ولكن العقوبة تقدر فائدتها بحسب نظرة الضمير الانساني الى الجريمة المرتكبة .

فارتكاب أى فعل إجرامي معين ، يحدث رد فعل في ضمائر الناس . ومن هنا تبدو أهمية العامل النفسى والأخلاقي بالنسبة للعقوبات . فهي تظل شرعية ، حتى لو بدت أنها غير مفيدة في بعض الحالات الخاصة . «la peine reste donc légitime, même si elle apparait comme «inutile» dan tel cas particulier» . (١)

اذا ما راعينا ذلك ، واذا ما رجعنا الى ما قاله بعض المؤيدين للنظرية دفاعا عنها من انه اذا كان الحقان متساويين فان المجتمع لا يهتم بالعقاب ، ثبت لنا أن هذا القول غير جدير بالقبول . لانه وقوف عند ظواهر الامور دون التعمق الى ما وراء ذلك .

وأخيرا فان الضمير الانساني لن يشور ضد من يرتكب جريمة الضرورة . بل على العكس من ذلك قد يشفق عليه أو يرثو لحاله . ثم انه قد يدعو الى رد اعتباره لانه ارتكب فعلة ليمنع أو ليفعل خيرا . واذن فهو لن يلام حتى قليلا (٢) .

(١) رسالة المسير فوربيه — المرجع السابق — ص ١٤٨ .

(٢) فوربيه المرجع السابق ص ١٤٨ .

ولكن هذا في اطار الفكر الوضعى المجرد . اما من الوجهة الشرعية فاننا لا نسلم هذا القول على اطلاقه . ذلك أن هنالك صورا قد يوجه فيها اللوم والعقاب الى المضطر لانه خرج فيها عن حدود الشريعة كما سنرى ذلك تفصيلا عند كلامنا عن آثار نظرية الضرورة . بل وربما نشير الى بعض هذه الصور في ختام هذا الباب أى بعد عرض النظرية التالية .

٥ - نظرية تنازع الحقوق أو الواجبات

Conflit Des Devoirs au des Droits ou Des biens

١٧٤ - يرى كثير من الشراح أن أساس التمسك بالمسئولية عن الجرائم المرتكبة في حالة الضرورة مرده الى تنازع الحقوق (أو الواجبات أو الأموال أو المصالح) ، وإن كنا نرى أن تعبير تنازع الحقوق يعنى عن التصريح بعبارة تنازع الاموال ، لان كلمة حقوق هى من العموم بحيث يمتد نطاقها الى الحقوق المالية وغيرها من الحقوق الأخرى .

١٧٥ - وخلاصة النظرية اجمالاً : انه كما يوجد في ظل القانون الخاص حالات كثيرة تتعارض فيها حقوق الأفراد بعضهم مع بعض أو تتعارض حقوقهم مع حقوق الدولة ، وقد تقضى الضرورة في مثل هذه الحالات باهدار حق من هذه الحقوق ضامناً لمصلحة عامة ، أو لمصلحة خاصة تفوق أهميتها على حق آخر . فكذلك الحال في ظل القانون الجنائي (١) . فمن تحيط به حالة من حالات الضرورة ، فانه يجد نفسه في ظرف يهدد حقوقه بخطر جسيم حال ولا وسيلة لانقاذ حقوقه الا باهدار حقوق غيره من الناس .

فهو اذن أمام حقين متعارضين تمام التعارض . اذ لا يمكن الابقاء على أحدهما الا باهدار الآخر ، والقانون الجنائي « يجب أن لا يحمي صاحب الحق الأدنى قيمة ، ولا يعاقب المعتدى عليه » (٢) .

هذا عرض مجمل لاهم ما تقضى به النظرية ، وانه لمن الأهمية بمكان أن تتناول التطورات التي مرت بها ، والآراء التي قيلت فيها لترى مالها وما عليها وذلك في الفقرات التالية وبالله التوفيق .

١٧٦ - ترجع نشأة هذه النظرية الى ما جاء في أقوال الفيلسوف الألماني الكبير هيجل ، والتي تمكن تلخيصها فيما رآه من أن الحياة في بساطتها تلخص في مصالحها الكلية التي تتعلق بالارادة .

(١)

J. Grand moulin. Droit penal Egyptien indigene, t. 11, p. 139, n° 1073 le Caire 1908.

(٢) الأستاذ محمود إبراهيم اسماعيل - المرجع السابق - ص ٥٠٨ .

(م ١٠ - نظرية الضرورة)

وان كل ضرر يمس حق الحياة ، يعتبر ضررا كبيرا لا حد له في الوجود ، لانه يمس جانبا كلياً من الحقوق . . ولذلك فانه في حالة الخطر الجسيم ، وعندما يتنازع حق الحياة مع حق الملكية فان حق الحياة هو الذى يتمتع تمتعا أكيدا بحق الضرورة ، فالضرر الذى يمس حق الملكية ليس الا ضررا ظاهريا فقط ، وليس له من أثر الا أنه يضيق من نطاق الارادة ولكن ليس له أثر على الأهلية القانونية (١) .

ومعنى ذلك انه يرى أن الانسان « اذا ساقته الضرورة الى ارتكاب جريمة وقاية لنفسه ، فلا يمكن تبرير عدم معاقبته على أساس وجوده في حالة اكراه معنوى ، وانما يتمتع عقابه بناء على أساس آخر ، وهو أفضلية حق الحياة . فالحياة هي الحق الأول والأسمى ، وفيها تنطوى سائر حقوق الشخص ، وأى مساس بها يقضى على تلك الحقوق كافة ، اذلا وجودها اذا انعدمت الحياة » (٢) .

١٧١ - ثم جاء بعد ذلك Berner بيرنر ، فانتقد رأى هيجل وأشار الى أهمية الحقوق الأخرى (٣) . وقد وجه نقده - بصفة خاصة - الى ما قاله هيجل من أن حق الحياة هو وحده الحق الذى يعلو على الحقوق جميعا وانه هو وحده الذى تهدر من أجله سائر الحقوق الأخرى محافظة عليه من الضرر الجسيم . ذلك أن تضحية حق في سبيل حق آخر هي مسألة نسبية تختلف باختلاف الظروف والاعتبارات . كما انه ليس صحيحا أن حق الحياة هو وحده - في كل الظروف - الحق الأول الذى يسمو على حق الملكية فمن الحقوق التى تعلو على حق الملكية أيضا « الحق في صون العرض » مثله في هذا مثل حق الحياة ، وفضلا عن ذلك فانه قد تطرأ على الشخص ظروف تجعله في حالة يهون معها حقه في الحياة ، فليس للجندى أن

HEGEL, philosonhie du droit 1833 ss 127 (١)

مشار اليه في فورييه - المرجع السابق - ص ١٤٩ .
هذا وبلا حظ أن قانون العقوبات للإمبراطورية الألمانية قد قنن صراحة هذا الراى في المادة ٥٤ منه (فورييه - المرجع السابق - ص ١٤٩ هامش (١) .

(٢) الأستاذ الدكتور محمد مصطفى القللى - المرجع السابق - ص ٤٢٩ .

BERNER, Dimpunitate propoter summam necessitatem (٣)
proposita Berlin 1861.

مشار اليه في فورييه - المرجع السابق ص ١٤٩ - فقرة ٢٥٥ .

يفر من ميدان القتال ، اذ لا شك أن حق الوطن يقدم على سائر الحقوق
لأخرى ومنها حق الحياة » (١) .

ويترتب على هذا انه اذا تفاوت الحقان المتنازعان في القيمة وخصوصا
الحقوق ، المالية (٢) . فانه يجوز للانسان أن يضحي باقلهما في سبيل
أكبرهما قيمة .

ومن ناحية أخرى فانه — تبعا لرأى بيرنر — يجوز لغير صاحب الحق
أن يتدخل لحماية الحق الأكبر في القيمة « أما اذا كان الحقان متساويين
فان بيرنر يرى أن حالة الضرورة لا تعتبر الا مجرد عذر مخفف (٣) .

١٧٨ — ثم ظهر بعد ذلك شاير CHAPER فاستبدل بعبارة « تضارب
الحقوق » عبارة تضارب المصالح ، فاذا تعارضت مصلحتان ، وكان
لا بد من اهدار احدهما ، فانه يجب أن يضحي بالمصلحة البسيطة « في
سبيل انقاذ المصلحة الكبرى » ويوجد لهذه الفكرة أمثلة عديدة ، في
مختلف القوانين ، لا سيما في القانون الخاص ، ومن هذا القبيل ما يرد
على حق الملكية من قيود مثل نزع الملكية للمصلحة العامة ، وحفظ
الدعوى العمومية لعدم الأهمية (٤) .

١٧٩ — أما موريو فانه ذهب أخيرا الى تأييد رأى بيرنر ، وعلى
الأخص فيما يتعلق بتنازع الاموال حيث ارجع مشكلة حالة الضرورة
الى التقدير القانوني لتنازع الاموال تقديرا موضوعيا ، معتمدا على
مسألة الأثر التهديدى للعقاب ، في بعض الصور التى ذكرها .

فقد أشار الى التعارض بين القانون والحق ، ثم بين أن المصلحة
الاجتماعية في صراع مع القانون ، لأنه اذا كان المقصد من تشريعه مراعاة
المصلحة العامة ، وحيث انه لا يمكن تفضيل فرد على آخر أو مصلحة على
أخرى ، فان القانون نفسه لا يستطيع تأكيد مساعدة الكل أو حمايتهم ،

(١) الدكتور محمد مصطفى القللى — المرجع السابق ص ٤٢٨ .
(٢) لأنها في الغالب هى التى يبو فيها التفاوت ملحوظا بدرجة كبيرة
في حياة الناس بصفة عامة .

(٣) الدكتور محمد مصطفى القللى — المرجع السابق — ص ٤٢٩ —
٤٣٠ .

(٤) القللى — المرجع السابق — ص ٤٣٠ .

واذن فانه يجب أن يضحي القانون - في كل مرة - باحترامه ، متحملا جزءا من نتيجة مخالفته •

والمصلحة العامة هي التي يسترشد بها المشرع في هذا الشأن فاذا كانت الأموال متفاوتة من حيث القيمة الاجتماعية فان الحل يكون سهلا ميسورا (١) • ولكن اذا كانت الأموال متساوية أو قريبة من التساوي فان موريو يقرر أن الدولة لا تستطيع أن تفعل شيئا الا احترام الانانية (٢) • ذلك أنه في حالة تساوي الحقيين المتنازعين فان المجتمع لا يهتم بالتنازع - كما يقرر ذلك الشراح المؤيدون لهذه النظرية - اذ الواقع أن المصلحة الاجتماعية تتطلب الحل الذي يؤدي الى القول بعدم فائدة المجتمع من العقاب في مثل هذه الصورة (٣) •

وبهذا ننتهي الى أن التحليل السابق لنظرية تنازع الحقوق يؤدي - في كثير من الأحيان - الى تقديس الانانية ، وعدم الاهتمام بها اجتماعيا (٤) وذلك من حيث العجز عن وضع الحلول لمعالجتها والقضاء عليها • ومع ذلك ، فانه من المتصور قيام تنازع بين الواجبات والحقوق ، لم تتناوله الآراء السابقة • مما يثبت عدم كفاءتها لان يكون أساسا عاما لنظرية الضرورة (٥) •

١٨٠ - وهذا ما حاول بيانه تفصيلا المسيو فريجاويل Frejaville
حيث لخص في كتابه : Elements de droit criminel
مجموعة أدلة فقهية لتوضيح هذا الجانب من
التنازع الذي يقع كثيرا لابين الاموال فقط ، ولكن بين الواجبات

(١) فانه يضحي بالمال الأقل اهمية في سبيل المال الآخر الذي يعلوه في قيمته •

(٢) فوربيه المرجع السابق - ص ١٥٠ رقم ٢٥٦ •
حيث يقول في بيان رأى موريو عند تساوي الاموال المتنازعة :
«Mais s'il sont égaux ou presque, Moriaud admet que l'Etat ne fait que respecter l'egoisme».

(٣) وهو الحل الذي يعتبر في ظل التشريعات الوضعية - أقل ضررا او خسارة من غيره •

(٤) فوربيه - المرجع السابق - نفس الموضع •

(٥) فوربيه - المرجع السابق - نفس الموضع •

أيضا (١) حيث قرر في عبارته التي تقول :

«le application d'une peine serait, en effet, injuste, inutile et souvent même nuisible.»

فمن رأيه أن العقاب عن جريمة الضرورة ، غير عادل ، وغير مفيد ، وكثيرا ما يكون مجحفاً .

ثم يبين كيف أن العقاب غير عادل ، في هذه الحالة ، لأن الذي يرتكب جريمة في ظروف مشابهة ، لن يقوم ضده أى دليل يثبت أنه فاسد الخلق .

وأما أن العقاب عن جريمة الضرورة غير مفيد ، فإن التهديد بالعقاب سيكون عديم التأثير inopérante أمام كل من يتصرف تحت حكم الضرورة الشرعية والملحة .

وأما أن العقاب قد يكون ضارا فذلك لأن حالة الضرورة تفترض في الواقع تنازعا بين الواجبات ، إذ أن الواجب الذي يقوم الفاعل بتنفيذه يعتبر أكثر خطورة ، وأكثر إلحاحا من ذلك الذي يتركه من غير تنفيذ (٢) .

١٨١ - حقا هذا تقدم بتلك النظرية ، لأن مبدأ تمييز القيم (باعتبار درجة كل قيمة منها) ، وأهم من ذلك مبدأ التمييز بين الواجبات (باعتبار أهمية كل واجب على حدة) هما من المبادئ الواضحة الجلية (٣) .

فعالة الضرورة تقضي بعدم تنفيذ الواجب الذي فيه ضرر أكثر من غيره (٤) وذلك بتنفيذ أكبر الواجبات فائدة أو اقلها ضررا .

فقد أشار فريجافيل الى التناقض المطلق القائم بين بعض الواجبات القانونية والخلقية ، واستحالة احترامها جميعا (٥) . وعلى ذلك ، فالفاعل

(١) فوريه - المرجع السابق - فقرة ٢٥٧ ص ١٥٠ .

(٢) FREJAVILE, Elements de droit criminel, 1935, p. 96 et 97 et manuel de droit criminel, 1248, p. 113.

(٣) المرجع السابق - نفس المواضع المشار إليها .

(٤) فوريه - المرجع السابق - فقرة ٢٥٨ ص ١٥١ .

(٥) المرجع السابق - نفس المواضع ، فريجافيل - المرجع السابق -

نفس المواضع .

هذا ويلاحظ أن فريجافيل ليس هو أول من قال بفكر تنازع الواجبات ، حيث أشار إليها المسيو شاير كما سبق بيان ذلك ، ولكن الحق أن فريجافيل هو الذي أوضح الفكرة ودرسها دراسة مفصلة فلذلك نسبها الشراح إليه .

عليه أن يرتب هذه الواجبات المتضاربة والمتعارضة معا ، ثم يضحى ببعضها إبقاء للبعض الآخر ، كما انه يرتب أيضا ، المصالح التي تنتج عند تنفيذ هذه الواجبات ، ثم يختار من بينها تنفيذ أكثرها فائدة (١) .

١٨٢ - ومن رأى دوندييه دى قابر أن عدم العقاب عن جريمة الضرورة يرجع الى أنه لا يوجد سبب لهذا العقاب . . لان الفعل المرتكب هنا لا يدل على أى فساد فى خلق الفاعل . كما أن الظروف الاستثنائية التى أدت الى ارتكاب جريمة الضرورة لن تتكرر كثيرا وبالتالي فلا يكون للعقوبة أى أثر لا من حيث اصلاح الفاعل ؛ فهو لبس قاصدا ؛ ولا من حيث زجر الغير ؛ فمثل هذه الأفعال يندر حدوثها .
فالتهديد بالعقاب يكون غير فعال (٢) .

ثم ربط صاحب هذا رأى بين اباحة جريمة الضرورة وبين كونها عملا نافعا للمجتمع ولا يمكن اعتبارها غير ذلك (٣) مبينا أن الفعل المرتكب فى حالة الضرورة خارج عن نطاق قانون العقوبات .

«l'acte accompli en état de nécessité est en dehors du droit penal».

فالسر - اذن - فى عدم العقاب عن جريمة الضرورة كما يراه دوندييه دى قابر ليس راجعا الى عدم الفائدة من العقاب - وانما هو راجع الى أن الفعل مباح فى ذاته ولا عقاب على المباح .

Dennedieu devabres, traité de droit criminel et de (١)

législation penale comparée (1947), n° 380, p. 194. (٢)

(٣) وهذا ما دعا الدكتور ادوارد توفيق الى القول بأن قابر يقول بنظرية عدم الفائدة من العقاب والذى يبدو لنا كما سبق أن أشرنا أنه لا يقصد بهذا القول تأييد نظرية عدم الفائدة وانما يريد أن يؤكد أن الفعل فى حالة الضرورة لا يمكن بأى حال أن يكون ضد المجتمع بل انه نافع اجتماعيا ونص عبارته :

«l'délit de nécessaire ne peut en aucune cas être considéré comme un acte antisocial, il a été socialement utile.»

وهذا المعنى المستفاد من عبارته لا يدل على أنه يقول بنظرية عدم الفائدة من العقاب ولكنه اثبت أن الفعل فى حالة الضرورة عمل نافع اجتماعيا وبالتالي فلا يتصور أن يعاقب عليه . ثم ختم عبارته بتلك الجملة القاطعة فى الدلالة حيث قال : الفعل فى حالة الضرورة خارج عن نطاق قانون العقوبات كما اثبتنا النص الفرنسى فى المتن .

ولكن اذا جاء في بعض عباراته ذكر لعدم الفائدة من العقاب فليس معنى ذلك أنه يأخذ بنظرية عدم الفائدة من العقاب . بل على العكس من ذلك فهو يرى أن العقاب غير مفيد لان الفعل المرتكب في حالة الضرورة ليس جريمة في نظر المجتمع ، ولذلك فانه ختم عبارته بهذه النتيجة المنطقية التي تقول . ان الفعل المرتكب في حالة الضرورة لا يدخل تحت نطاق قانون العقوبات .

وقد أكد برنس هذه الدراسات التي توصل اليها موريو ودونديه فابر وفيدال (١) . حيث قرر أن النظرية التي تجعل من الاكراه سببا شخصيا يجب أن تستبعد وان تحل محلها النظرية الموضوعية لحالة الضرورة (٢) . ويمكن القول بأن برنس قد توسع في معنى الضرورة لدرجة انه ادخل في نطاقها القوة القاهرة (٣) . فهذه الحالات وأمثالها تسمح بوجود تنازع محتم بين الحقوق حتى من غير أن تضرب حالة الفاعل النفسية (٤) .

ثم ضرب على ذلك مثلا - بالجوع الذي يؤدي - حتما - الى الموت فهو يعتبر حالة من حالات الضرورة تبيح سرقة الطعام (٥) . كما بين أن هذه الحالة تقوم حتى من أجل حماية بعض المصالح التي لا يؤدي اهدارها الى مخاطر جسيمة (٦) .

وقد ذكر في نهاية دراسته لحالة الضرورة أن التشريعات الوضعية (التقليدية) قيدت كثيرا من نظرية حالة الضرورة ، ولكن الحياة العملية هي التي أوجبت بسط هذا المبدأ الى الحالات التي لم تتوقعها النصوص . وأنه من المفيد كثيرا ان يضم الى النظرية حالات الضرورة الأكثر اتساعا

(١) Vidal, Cours de droit criminel descience peniténtiaire 7 ed, (1)
ed. paris 1927, p. 345, n°226.

Prins, Science pende, p. 258, n° 424. (٢)

(٣) برنس - المرجع السابق - ص ٢٦٣ رقم ٤٣٤ .

(٤) فورييه - المرجع السابق - ص ١٥٢ رقم ٢٦٠ .

(٥) المرجع السابق - نفس الموضع .

(٦) Enfin, l'état de necessite existe, même pour la protection (٦)
d'intérêts moins graves

المرجع السابق - نفس الموضع .

والأكثر موضوعية الناتجة عن التنازع المحتتم (غير القابل للحل) بين الحقوق أو الأموال (١) .

وأخيرا أشار سرفياس الى أن الضرورة عندما تكون مطلقة ونتيجة لظروف مستقلة عن ارادة الفاعل ، فانها تنشئ تنازعا بين الحقوق وتمحو الصفة الاجرامية عن الفعل الذي يرتكبه الشخص حماية لحقه من خطر جسيم حال (٢) .

تقدير النظرية :

١٨٣ - هذه النظرية قد نجحت الى حد ما ، في بيان الأساس الصحيح لحالة الضرورة ، ففكرة تنازع الحقوق فكرة مقبولة في حد ذاتها ، كما أن فكرة تنازع الواجبات هي - حقا - ذات أثر كبير في تقدم النظرية حيث ترتب عليها ايجاد أساس لكثير من الحلول التي يلجأ اليها الناس في أحوال الضرورة .

١٨٤ - ومع ذلك فإن فريقا من الشراح قد وجه بعض الانتقادات الى هذه النظرية ويمكن تلخيصها فيما يلي :

أولا : أن هذه النظرية تعجز عن تبرير انعدام المسؤولية في حالة ما اذا كان الحقان متساويين (٣) .

وقد يقول البعض ان القانون هنا لا يهتم بمثل هذه الجريمة (٤) أو لا يكثرث بنتيجة التنازع اذا الحقان متساويان فيستوى بقاء أيهما (٥) .

بيد أن هذا التبرير غير مقنع لأن الغرض حرص القانون على تنظيم كل ما يدخل في اختصاصه . ثم ان القانون قد نظم حالة الضرورة في كل صورها بنص صريح فلا وجه للقول بأنه لا يكثرث ببعضها (٦) على ان هذا القول لا يصدق الا على التشريعات التي نظمت حالة الضرورة في كل صورها .

(١) المرجع السابق - ص ٢٦٤ - رقم ٤٣٥ و ٤٣٦ .

(٢) Nypels et Servais, le code pénal Belge interprété (1938) tler, p. 338, n°21.

(٣) الدكتور محمود نجيب حسنى - المرجع السابق ص ٦٦٩ - الدكتور محمد مصطفى القللى المرجع السابق - ص ٤٣٠ - الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل - المرجع السابق - ص ٥٠٨ .

(٤) دوندييه دى فابر - المرجع السابق رقم ٣٨٥ ص ١٩٤ .

(٥) جارو - المرجع السابق - رقم ٣٦١ ص ٦٩٧ .

(٦) الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٦٦٩

أما التعريجات التي لم تنظم حالة الضرورة مثل القانون الفرنسي أو التي لم تنظمها في كل صورها . فقد يقال بشأنها : ان المجتمع لا يهتم بنتيجة التنازع .. ولكن ماذا يقال بالنسبة لمن يقتل غيره لينقذ نفسه ؟ أو يقتل طفل غيره لانقاذ طفله ؟ أو يتلف مال غيره ليحافظ على ماله لتساوى المالين في القيمة ؟ ما هو موقف المجتمع من هذا الفاعل وأمثاله ؟

قد يقال ان الضمير الانساني لن يثور ضد جريمة الضرورة ، وان المجتمع قد يرثو لفاعلها أو يشفق عليه (١) . ولكنني لا أوافق على هذا القول بصورة مطلقة ، فلئن أمكن التسليم به في صور كثيرة ، فلا يمكن بأية حال ان يقبل في مثل هذه الحالات التي قدمنا أمثلة لها .

وانني لأشك كثيرا في أن مجتمعنا ينظر الى تلك الحالات نظرة الرضا والقبول ، ولذلك فقد قال - بحق - المسيو موريو عن هذه الصور وما مائلها « ولكن اذا كانت الأموال متساوية أو قريبة من التساوي فان الدولة لا تفعل شيئا الا احترام الانانية » (٢) .

ثانيا : فضلا عن عجز هذه النظرية عن تبرير انعدام المسؤولية عندما تتساوى الحقوق المتعارضة ... فان الأستاذ الدكتور محمد مصطفى القللي قد لاحظ عليها أن التمشي مع منطقها يؤدي في النهاية الى حلول غير مقبولة « اذ يترتب عليها ان تضحي حياة الشيخ الفاني في سبيل انقاذ الناشئ ، وحياة المريض في سبيل السليم ، والجاهل في سبيل العالم ، والعاقل في سبيل المجد العامل اذ على هؤلاء الذين تبدو حياتهم في المرتبة الثانية من الأهمية أن يضحوا بحياتهم والاحقت عليهم المسؤولية الجنائية : وهل في هذا التكليف ما يستقيم وطبيعة البشر ؟ » (٣) .

١٨٥ - غير اننا اذا ما رجعنا الى تطور النظرية وآراء الشراح الذين نادوا بها أو أيدها لما وجدنا في كلام احدهم ما يفيد التمييز أو المفاضلة بين حقوق الحياة بالنسبة للأفراد .

(١) فوريه - المرجع السابق - ص ١٤٨ .

(٢) موريو - المرجع السابق ص ٣٠ .

فوريه - المرجع السابق ص ١٥٠ فقرة ٢٥٦ .

ويراجع أيضا ما سبق - ص ٧ فقرة () وعلى الاخص هامش (٢) .

(٣) المرجع السابق - ص ٤٣٠ .

ولذلك فإن الذى يبدو لنا ان منطق النظرية لا يؤدى الى اهدار حق الحياة بالنسبة للشيخ الفانى فى سبيل صيانة الشاب اليافع الى غير هذا من الفروض الماثلة .

ذلك ان حق الحياة هو حق الحياة بالنسبة لسائر البشر هو الحق الذى يسمو على سائر الحقوق جميعا « لا يفضلها الا واجب الدفاع عن الوطن (أو بتعبيرا أدق حق الدفاع عن الوطن هو وحده الذى يسمو على حق الحياة) اما فيما عدا ذلك فإن حق الحياة هو سيد الحقوق جميعا وان شاركه فى ذلك حق الحرية وحق الدفاع عن العرض ، ولكن مع ذلك تظل لحق الحياة قدسيته من غير تمييز بين فرد وفرد فالناس أمام القانون سواء .

ولذلك فأننا نرى أن توجيه مثل هذا النقد الى نظرية تنازع الحقوق ليس فى محله عند التحقيق .

ولعل الاستاذ الكبير أراد المبالغة فى رفض النظرية ليس الا .

نعم لقد قال بعض المؤيدين للنظرية بجواز المفاضلة بين الحقوق المالية وذلك مسلم ومعقول لأن طبيعة الأموال تقبل الموازنة والمفاضلة بينها عند التعارض ، أما حق الحياة فهو حق واحد بالنسبة للحياء جميعا ، ولم يقل أحد بالمفاضلة بين حياة فرد وآخر .

١٨٦ - وقد وجه استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى الى هذه النظرية نقدا يقول فيه : « ان هذا رأى يعيبه كذلك ان الاستناد الى فكرة التنازع بين المصالح مؤد فى بعض الحالات على الأقل - الى اعتبار حالة الضرورة سبب اباحة ، اذ أن اهدار حق قليل القيمة فى سبيل صيانة حق أكبر قيمة هو رعاية لحقوق المجتمع فى مجموعها . ومن ثم يقتضى المنطق أن يكون الفعل الذى يحقق ذلك مباحا باعتباره لا ينتج اعتداء على حقوق المجتمع ، ويناقض هذا التكيف مذهب التشريعات التى تعتبر الضرورة مجرد مانع من المسؤولية » (١) .

ومن رأينا ان هذا الذى قرره استاذنا ، لا يعتبر - فى الحقيقة - عيبا موجها الى النظرية فى ذاتها ، انما هو فى الواقع ميزة من مزاياها ، ولعل استاذنا يريد ان يوجه نقده الى موقف التشريعات التى لا تزال تعتبر حالة الضرورة مانعا من موانع العقاب ، ومن هذه التشريعات قانون العقوبات

المصري ، وهو كما بينا - محل نقد ، فضلا عن ان الفقه المقارن يكاد يجمع على وجوب اعتبار حالة الضرورة سببا من اسباب الاباحة .

والخلاصة ان العيب الحقيقي الذي يصح اعتباره مأخذا على نظرية التنازع هو أن هذه النظرية لا تصلح أساسا لانعدام المسؤولية في حالة تساوى الحقوق المتنازعة من حيث القيمة الاجتماعية .

١٨٧ - وازاء قصور هذه النظريات جميعا وجدنا من الشراح من يقول بالجمع بين بعض النظريات فيقول الاستاذ الدكتور محمد مصطفى القللى ، « الواقع ان انعدام المسؤولية في حالة الضرورة انما يرجع من ناحية الى الاكراه المعنوى الذى يوجد فيه مرتكب الجريمة ، اذا كان هو المهدد بالخطر اذ يساق سوقا انتهائيا الى الخطر بحكم غريزته ، فلا فائدة في عقابه . ومن ناحية أخرى يشير الى الفائدة من تقرير المبدأ ، مبدأ انعدام المسؤولية . وتظهر هذه الفائدة عند تدخل الغير لانقاذ من يهدده الخطر فلا شك انه من المصلحة تأييد روح التعاون في نفوس الأفراد ، ونجدة بعضهم بعضا في ساعة الخطر بكل ما في وسعهم ، لا يوقعهم في ذلك خشية مسؤولية أو عقاب » (١) .

كما نادى بفكرة الجمع هذه الاستاذ الدكتور على أحمد راشد حيث يرى أنه من الخير القول بأن تقوم نظرية حالة الضرورة على المذهب القائل بالاكراه المعنوى ، والمذهب الآخر القائل بعدم جدوى العقاب فتقوم النظرية « على المذهبين كليهما أى على المذهبين كليهما أى على خليط منهما ، فيكون الأساس هو الاكراه المعنوى ، حيث يتوافر هذا الاكراه فعلا ، ويكون الأساس هو المصلحة أو عدم جدوى العقاب في غير ذلك من الحالات » (٢) .

١٨٨ - وهذه الآراء لها قيمتها العملية التى لا تنكر ، ولكنها مع ذلك غير مقنعة في ايجاد الأساس المعقول لحالة الضرورة .

ذلك أن المفروض في الأساس أن يكون قاعدة قانونية عامة - أى مبدأ من المبادئ العليا التى يمكن ان نرد اليها أحكام القانون التى وضعها

(١) الدكتور محمد مصطفى القللى - المرجع السابق - ص ٤٣٠ -

(٢) الدكتور على أحمد راشد ، المرجع السابق - ص ٥٥٧ رقم ٥٩٧ .

لحالة الضرورة • لما الرجوع الى قاعدتين ، فذلك فقط من قبيل الحلول
الوقتية لبعض الحالات • اما الوصول الى أساس قانوني لنظرية عامة
يراد تكييفها تكييفاً قانونياً سليماً ، فلا يتصور ذلك عن طريق الجمع بين
قاعدتين ، والا لا يمكن ان نبني بناء واحداً على أساسين وهو ما يستحيل
قبوله عقلاً •

المبحث الثالث

اساس نظرية الضرورة بين الشريعة والقانون

١٨٩ - رأينا في بحثنا لأساس نظرية الضرورة في الفقه الاسلامي انه
ينحصر في المبدأ الذي يقول « الضرر يزال » ذلك المبدأ المستمد من قول
رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » •

وأساس النظرية مقرر في شريعة الله من يوم نزولها بلا غير خلاف أو
جدل ، وبدون تعدد في النظريات أو افراط في المناقشات •

ورأينا أن هذا الأساس هو وحده أصل لكل أحكام الضرورة • وقد
أورد العلماء على هذا الأساس قواعد ذكرنا منها قاعدتين الأولى : الضرر
لا يزال بالضرر ، والثانية يرتكب أضعف الضررين لاتقاء أشدهما • وان مبدأ
ازالة الضرر يكفي بذاته للقول بما تؤدي اليه هاتان القاعدتان • وانما
ذكرهما العلماء على سبيل الايضاح وازالة لما قد يتوهم من غموض •

ورأينا كذلك أن من أئمة الشريعة من قام بعملية موازنة كبيرة بين
المصالح والمفاسد وذلك في كل الاحوال وخصوصاً عند تنازع المصالح مع
بعضها أو المفاسد مع بعضها ، أو تنازع المصالح مع المفاسد وانتهى ذلك
الامام - وهو العلامة عز الدين بن عبد السلام كما سبق البيان - الى أنه
عند تنازع المصالح يقدم أكثرها نفعا ، وعند تنازع المفاسد يرتكب أخفها
ضرراً ورأينا استناد الموازنة الى الأحاديث الشريفة الواردة عن النبي
صلى الله عليه وسلم في هذا الشأن والتي جاءت صريحة في بيان الموازنة
بين المصالح من ناحية • وبين المفاسد من ناحية أخرى • فضلاً عن أن نصوص
القرآن الكريم أشارت الى هذه الموازنة اجمالاً من غير تفصيل •

ثم قلنا ان الموازنة ليست مقصودة لذاتها ، بل انها مطلوبة لمعرفة
أكبر المصالح نفعا ، أو لمعرفة أقل المفاسد ضرراً ، وكل ذلك راجع الى المبدأ

الذى اعتبرناه أساسا لنظرية الضرورة ، وهو الذى يقضى بدفع الضرر بقدر الامكان .

١٩٠ - وعرفنا كذلك ان الضرورة ، تبيح جرائم معينة ، وان أصل الاباحة فى هذه الجرائم ، راجع الى ازالة الضرر ، فنظرا لما فى هذه الجرائم من الاضرار البسيطة ، التى لا يمكن ان تقاس بجانب هلاك النفس مثلا ، فان الشريعة الغراء تبيح ، بل وتوجب على المضطر ، ان يخالف هذه الأحكام ، حفظا لمصلحة أهم وأعلى ، تحرص الشريعة على صيانتها وحفظها .

أما الجرائم التى ترخص الضرورة فى اقترافها ، فيرجع الترخيص فيها أيضا الى هذا المبدأ ، فلأجل ما فى الجرائم من المضار الكبيرة ، فان الشريعة حرمت اقترافها بكافة صورها . ولكنه لما كانت الاضرار الناجمة عن مخاطر الضرورة أكبر جسامة وأشد خطرا ولا يستطيع تحملها الا غير العاديين من الناس فان شريعة الله ، رخصت للمضطر فى اقتراف هذه الجرائم والترخيص - هنا - يعنى رفع العقوبة فقط عن الفاعل مع بقاء الفعل فى ذاته محرما .

أما اذا كانت المقاسد متساوية ، وكانت احدى المفسدتين قد حاقت بصاحبها ، فلا يجوز لهذا أن يدفعها على حساب الاضرار بغيره . ذلك أن الضرر لا يزال بالضرر وهذا هو ما دعى الشريعة الغراء ان تمنع كسل أثر للضرورة فى بعض الجرائم ومنها جرائم الأتفس .

ثم أبديت ملاحظة على الجرائم من النوع الأخير ، وقلت انه اذا أمكن تحريمها بناء على ان الضرر لا يزال بالضرر ، فانه مع ذلك توجد بعض جرائم قد يبدو للبعض ان اضرارها متساوية . كمن يقتل غيره لينقذ نفسه ، لبطلان دعوى التساوى من أساسها ، لأن القتل محرم بكافة صورته وفى جميع الظروف والاحوال .

١٩١ - ثم تناولنا بعد ذلك أساس الضرورة فى القانون الوضعى . وعرضنا للنظريات التى نادى بها الشراح فى عصور مختلفة . وقد تعددت الآراء ، واختلفت وجهات النظر . فمن الشراح من أسس حالة الضرورة على عيوب الارادة ، ومنهم من اسندها الى القانون الطبيعى ، ومنهم من قال باتقاء القصد الجنائى . وقد رأى كثير من الشراح ان الضرورة تقوم

على الاكراه المعنوى • ثم ظهرت نظرية عدم الفائدة من العقاب • وأخيرا
نظرية تنازع الحقوق •

وغنى عن البيان أنه ما من نظرية الا وقد وجهت اليها انتقادات جدية
أظهرت عيوبها الجوهرية التى جعلتها فى عجز كامل عن تأصيل نظرية
الضرورة •

وحتى بالنسبة لحدث النظريات التى يتادى بها الشراح فى العصر
الحاضر نراها لم تسلم من النقد • بل وتقف عاجزة تماما عن تبرير جريمة
الضرورة عند تساوى الحقوق المتعارضة •

وفى نفس الوقت الذى نرى فيه الشريعة الاسلامية تقرر الاساس
الواضح والسليم لنظرية الضرورة • بل ان من علماء الشريعة من شرح فكرة
الموازنة بين المصالح والمفاسد عند التنازع ولكن على أساس سليم كميل
يحل جميع المنازعات الناجمة عن ذلك التنازع •

ومن هؤلاء العلماء الاجلاء الامام عز الدين بن عبد السلام رحمه الله
المتوفى سنة ٦٦٠ هـ (الموافق ١٢٦٢ ميلادية) (١) • وهو حينما تكلم
عن ذلك انما استند الى كتاب الله تعالى والى سنة رسول الله صلى الله عليه
وسلم • أى منذ ما يزيد على أربعة عشر قرنا من الزمان • ولكن بدون
تناقض أو بدون جدل أو خلاف بل ومع اتساق كامل مع سائر التطبيقات
الجزئية لنظرية الضرورة •

(١) ومن الأهمية بمكان كبير أن نشير الى أن تنازع المصالح أو المفاسد
ليس هو الأساس المنضبط لنظرية الضرورة وانما هو أساسها شرعا هو مبدأ
ازالة الضرر بقيوده • ولكننا أشرنا الى هذه النظرية كما شرحها الامام الجليل
أبن عبد السلام للاستعانة بها فى معرفة الضرر الكامن حتى يمكن تجنبه وإزالته •
ولا ننسى أن العلامة ابن عبد السلام قد أرجع الفكرة الى مصادرها الأولى
من الكتاب والسنة • ولا مجال للمقارنة فى هذا الشأن •
نعم قد تصح المقارنة فى مجال البحث المستفيض والدراسات الفقهية •
ولو صح لنا ذلك لقلنا أن الشراح ينسبون فكرة التنازع الى الفيلسوف الالماني
هيجل فى كتابه المنشور سنة ١٨٣٣ م وهى بصورتها الوضعية وفى أحدث
تطوراتها لم تسلم من النقد ولا تزال عاجزة عن تبرير حالة الضرر عند تساوى
الحقوق المتنازعة • فى حين اننا نجد هذه النظرية على اكمل ما تكون شرحا
وتفصيلا وسلامة من أى نقد كما أفاض فى دراستها الامام عز الدين عبد السلام
المتوفى سنة ١٢٩٢ م • أى قبل أن يعرف العالم شيئا عنها بما يقرب من ستة
قرون • هذا فضلا عن اصولها الثابتة فى كتاب الله تعالى وسنة رسوله
صلى الله عليه وسلم وهو أمر معاذ الله أن يكون محلا للمقارنة •

١٩٢ — وعلى الرغم من أن حالات الضرورة تختلف أحكامها باختلاف الجرائم ، فإن الأساس في هذه الحالات هو أساس واحد . بل ان الاختلاف في أحكام هذه الحالات مرجعه الى ذلك الاساس الموحد الذى ترجع اليه كل أحكام هذه النظرية .

وذلك بعكس القوانين الوضعية . فانها تقضى بحكم واحد لكل الجرائم المرتكبة في حالة الضرورة . ثم نرى الشراح في حيرة من تأسيس هذا الحكم الموحد . ونجد في النهاية من يقول بالجمع بين نظريتين ، أو بين أساسين من أجل حكم واحد .

ولا غرابة في الأمر فصنع البشر دائماً يؤدى الى منطق معكوس في الغالب من الامور . وضعف الأساس من أقوى الأدلة على ضعف المؤسس وتعدد الأساس للحكم الواحد برهان قاطع على زعزعة الثقة في ذلك البناء . اما متانة الأساس فبرهان على اتقان صنع المؤسس . ووحدة الأساس هي الحجة البالغة على ان البناء يستمد قوته من مبدعه . وذلك البناء الشامخ الذى طوى القرون والاجيال قائلاً للعالم اجمع : ان الشريعة هي من صنع الله الذى اتقن كل شيء انه خير بما تفعلون » .

ومما هو جدير بالذكر ان الأساس المقرر لنظرية الضرورة في الشريعة الاسلامية . قد قضى على تلك الشكوى الناجمة عن مسألة تنازع الحقوق المتساوية فقد سبق ان تناولنا تلك المسألة بالتفصيل ونود — هنا — أن نلقى نظرة سريعة على تنازع الاضرار المتساوية كما في حالة اشراف نفسين على خطر الموت .

فقد سبق أن ذكرنا ان الشريعة تقرر ان الخطر اذا كان محدقاً بالنفس فلا يجوز بأية حال التضحية بنفس في سبيل بقاء نفس أخرى ، أو حتى في سبيل بقاء عدد كبير من الأنفس .

وقلنا ان الأساس في ذلك هو مبدأ ازالة الضرر وهذا المبدأ هو الأساس لنظرية الضرورة . ومن الممكن أن يقال ان الاضرار هنا متساوية والشريعة تحرم دفع الضرر بالضرر . وقد تناولت المسألة من وجه آخر حيث رفضت دعوى التساوى — فان الفاعل هنا — يرتكب جريمة قتل كاملة وكما قال الفقهاء ان مفسدة قتل نفسه أخف من مفسدة قتل غيره . أما منطق التشريعات

الوضعية ، فانها تقضى بعدم العقاب فى مثل هذه الصورة ، بل ان القوانين التى تعتبر الضرورة سببا للإباحة تبيح تلك الجريمة على ما فيها من آثام وشُرور .

ولم يجد الشراح تبريرا للترخيص أو الإباحة فى هذا الميدان الا أقوالا رددناها فى حينها مثل ما قيل ان القانون لا يكثرث بنتيجة التنازع . أو ما قيل من أن الضمير الانساني لن يتحرك ولن يثور ضد جريمة هكذا شأنها . ولكنى قلت ولا زلت أقول ان مجتمعنا لن يرضى عن مثل هذه الجرائم .

واذا كان ذلك بالنسبة لجرائم الاتص فهو أيضا مقرر بالنسبة لجرائم الأموال ، سواء فى الشريعة والقانون ؛ كل فى ميدانه . فالشريعة تحرم دفع الضرر بالضرر ، فالذى يدفع الغرق عن أرضه باغراق أرض غيره يعتبر آثما . واذن فهم يحرم على الانسان ان يدفع التلف عن ماله باتلاف مال غيره .

نعم لو كان المالان مملوكين للغير ، فانه يجوز للشخص غير المالك ان يدفع التلف عن أى منهما حسب اختياره ان كانا متساويين فاذا كان احدهما أكبر وجب دفع التلف عن أكبرهما . لانه يرتكب أخف الضررين من أجل دفع أشدهما .

والقانون الوضعى على العكس من ذلك : فاذا كانت الاموال متساوية ، فانه يجوز للانسان أن يتلف مال غيره من أجل حفظ ماله .

وذلك المنطق تقرره التشريعات التى تسمح بأعمال أثر الضرورة فى جرائم الأموال ، والتشريع المصرى الحالى ليس من هذه التشريعات .

وفى النهاية لا أجد تعليقا على موقف التشريعات الوضعية من هذه المسألة — بطرفها الا ما قاله الفقيه السويسرى الاستاذ موريو :

« ولكن اذا كانت الأموال متساوية أو قريبة من التساوى ، فان الدولة لا تفعل شيئا أكثر من احترام الانانية » .

كتاب الثالث

في أركان الضرورة وشروطها

١٩٤ - جريا على ما هو متبع في الدراسات الفقهية من تقسيمات متفرعة الى أركان وشروط فانه يجدر بنا أن نشير الى أركان الضرورة ، ونرجو الله تعالى التوفيق والسداد ، حيث لم نعثر على هذه الدراسة في أى كتاب فقهي الأمر الذي يدعونا الى الحذر الشديد .

ومن الممكن - في رأينا - أن نرد أركان الضرورة الى الأركان الثلاثة الآتية .

الركن الأول : الضرر الجسيم أو الخطر الذي هو بصدد الوقوع وهو الركن الجوهرى الذي بدونه لا تقوم الضرورة .

الركن الثانى : الفعل اللازم لرفع هذا الضرر الجسيم أو لتفادى الخطر المجتدق .

الركن الثالث : محل الخطر : فقد يكون الضرر الجسيم أو الخطر الحال مهددا للنفس وقد يكون مهددا للمال .

وهناك أمر رابع لا بد من وجوده سواء قلنا أنه ركن أو لم نقل ذلك فوجوده بدهى بلا حاجة الى نص عليه وهو الشخص الذى يجد نفسه مضطرا الى دفع الخطر .

١٩٥ - وتبعاً لما تقدم فان لكل ركن من أركان الضرورة شروطا خاصة يجب توافرها حتى يمكن القول بقيام حالة من حالات الضرورة .
فللخطر شروط يجب توافرها ، وللفعل الذى يدفع الخطر به شروط اخرى يجب مراعاتها والا لما صح القول بانعدام المسؤولية .

واخيرا فان للمضطر شروطا لا بد من وجودها فيه . والا لما قامت حالة الضرورة .

وليس في هذا التقسيم خروج على الطرائق الحديثة المتبعة في بحث شروط الضرورة . فلئن كانت غالبية الشراح تقوم بدراسة هذه الشروط من غير تقسيم (١) فاننا نرى مع ذلك - ان البعض منهم يقسم شروط حالة الضرورة الى قسمين : شروط خاصة بالخطر وشروط أخرى خاصة بجريمة الضرورة . (٢) كما ان فريقا ثالثا قد وضع هذه الشروط على هيئة التقسيم الثلاثي وان كان لم يشر صراحة الى التقسيم (٣) .

١٩٦ - وقد سلك فورية في تقسيم شروط الضرورة مسلكا ثنائيا في ظاهرة ولكنه يختلف عن التقسيم الثنائي المشار اليه ، ذلك أنه خصص القسم الأول لدراسة الشروط المتعلقة بنشأة الخطر وسبب قيامه وسماها شروطا الفحص السابق .

Les Conditions des examen préalable

ولعله يقصد بها الشروط الخاصة بالفحص السابق للخطر من حيث عدم شرعيته ، أو عدم وجود خطأ من جانب الفاعل أدى الى قيام الخطر (٤) واما القسم الثاني فقد خصصه لدراسة الشروط الاصلية الخاصة بالخطر ذاته (٥) .

١٩٧ - ونحن من جانبنا سنقسم شروط الضرورة تقسيما ثلاثيا حسب تقسيمنا لاركانها ، وذلك التزاما منا بالطريقة الشرعية .

غير اننا سنبدأ بدراسة الشروط المتعلقة بالشخص الذي قامت به حالة الضرورة . ذلك ان هذه الشروط ينبغي أن تكون دراستها في مقدمة

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة طبعة ١٩٥٢ ، ص ٤٤٦ وما بعدها - الدكتور على راشد مبادئ القانون الجنائي ص ٥٥٨ وما بعدها فقرات ٥٥٩ الى ٦٠٣ - الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل - المرجع السابق - ص ٥٠٩ وما بعدها - جرانمولان - المرجع السابق - ص ١٣٥ وما بعدها فقرات ١٠٦٥ الى ١٠٦٨ - رسالة الدكتور ادوارد توفيق المقدمة الى جامعة باريس المشار اليها سابقا ص ١٧ وما بعدها .

(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣٢٧ وما بعدها فقرات ٣٣١ - ٣٣٤ .

(٣) الدكتور محمد مصطفى القللي - المرجع السابق - ص ٤٣٤ الدكتور عبد المهيم بكر سالم - المرجع السابق - ص ١٨٨ وما بعدها فقرات ١٢٩ - ١٣١ .

(٤) فورييه - المرجع السابق ص ٣٢٨ وما بعدها فقرات ٤٩٩ - ٥٠٢ .

(٥) المرجع السابق ص ٣٣٢ وما بعدها فقرات ٥٠٣ - ٥٠٧ .

شروط الضرورة ، اذ أنه من الأنسب أن تتناول أولا بحث الشروط المتعلقة بنشأة الخطر وسبب قيامه •

فاذا ما عرفنا هذه الشروط وتحقق لدينا قيامها وجب الانتقال الى بحث الشروط الخاصة بالخطر ذاته فان توافر وجودها ، لزمنا أخيرا ، بحث شروط جريمة الضرورة وهي شروط الفعل اللازم لدفع الخطر •

وقبل بيان هذا القسم الأخير من الشروط تتكلم عن محل الضرورة • وعلى ذلك فاننا سنقسم هذا الباب الى الفصول الاربعة الآتية :

الفصل الأول : في شروط المضطر •

الفصل الثانى : في شروط الخطر •

الفصل الثالث : في محل الخطر •

الفصل الرابع : في شروط الفعل اللازم لدفع الخطر •

ألا يكون لإرادة المضطر دخل في حلول الخطر .

الشرط الأول : أن يكون المضطر غير ملزم شرعا بتحمل الخطر

٢٠٠ - يشترط في الشخص الذى أحاطت به ظروف الاضطرار وهو ما يسمى - لغة وشرعا - بالمضطر ان لا يكون عليه واجب شرعى يلزمه بتحمل الخطر أو الضرر الجسيم .

وقد أشارت آيات الله البيّنات الى هذا الشرط . وذلك فى قول الله تبارك وتعالى « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم » وفى قوله تعالى « فمن اضطر فى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمِهِ فإن الله غفور رحيم » . فعلى الرغم من ان لعلماء التفسير آراء كثيرة فى معنى هذين النصين الكريمين . (١) الا أن المعنى المباشر لها والقريب الى اذهانتنا ان الذى يرتكب اثما يستوجب عقوبة لا يحق له أن يتمسك بأحكام الضرورة لأنه متجانف (٢) للآثم .

٢٠١ - فضلا عن ذلك فإن شرط عدم مشروعية الخطر الناشئ عن الضرورة ، شرط بدهى تقضى به القواعد العامة فى الفقه الاسلامى ، فالمضطر لا يسمى مضطرا حقيقة اذا كانت حالة الاجاء التى تحيط به ناشئة عن سبب شرعى فليس للقاتل أن يفر من القصاص بحجة أنه فى حالة ضرورة . لأن الخطر الذى يواجهه انما هو خطر بحكم شرعى فتجنب عليه مواجهته جزاء لاثمة الذى ارتكبه مخالفا بذلك أمر ربه .

وبهذا ثبت لنا أن قوله تعالى « غير متجانف لاثم » يدل قطعاً على أن من يرتكب اثماً فيصبح بناءً عليه فى خطر داهم - عقاباً له - لا يسمى مضطراً ولا تصدق فى حقه أحكام الضرورة ، وهكذا يخرج عن معنى الخطر أو . . الاجاء كل هلاك أو تلف يهدد النفس اذا كان مشروعاً .

فمن وجب عليه قود (٣) فى نفسه أو أى عقوبة شرعية أخرى فلا يصح لأحد أن يساعده على الهرب من تنفيذ العقوبة احتجاجاً بحالة الضرورة . لأن الهلاك المتوقع فى هذه الحالة انما هو هلاك مشروع ولا يجوز شرعاً له أو لغيره أن يحول دون تنفيذ العقوبة التى وجهت عليه بحكم الشرع .

(١) وسوف نتكلم عن هذه الآراء بالتفصيل فى موضعها المناسب .
(٢) متجانف لاثم أى مرتكب لمعصية (ابن كثير ج ٢ ص ١٥) والجنف الميل والاثم الحرام . والمعنى غير متعمد لمعصية فى مقصده . . (القرطبى ص ٢٠٦٢) .
(٣) القود : هو القصاص .

٢٠٢ - ومن ناحية أخرى فإن القرآن الكريم ينص صراحة على أنه لا يجوز للمؤمن أن يفر من ميدان القتال ، لأن ذلك واجب مفروض عليه . والفرار من تأدية الواجب المقدس جريمة كبرى . وفي هذا يقول الله سبحانه :

« يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ومن يولهم يومئذ دبره إلا متحرفا لقتال أو متحيزا إلى فئة فقد باء بغضب من الله وما أواه جهنم وبئس المصير » (١) .

وعلى ذلك فالخطر الذي يهدد الجندي في ميدان القتال لا يصلح سببا يبرر له الفرار بل ان الفرار ذاته هو الجريمة التي تفوق خطر الهلاك الذي يتوهمه .

لأن الله عز وجل حرم التولى يوم الزحف تحريما مطلقا متى كان مقصودا هو بذاته .

وجعل العقاب على ذلك : غضب من الله ، واليعاذ بالله ، ثم عذاب جهنم وبئس المصير . فضلا عن العقوبة الدنيوية التي يحق لولى الأمر أن يقدرها في مثل هذه الظروف .

ثم استثنت الآية التالية التولى الذي يقصد به الحيلة على العدو للانقضاء عليه فذلك جائز لا شيء فيه . أو اذا كان التولى من أجل الانضمام إلى فئة من الجيش تعضيدا للدفاع . فمتى كان التولى لأحد هذين الأمرين فهو جائز ومشروع ولا يدخل تحت طائلة العقاب المنصوص عليه في الآية .

٢٠٣ - وقد أكدت السنة المطهرة هذا المعنى ، كما بينت - فضلا عن ذلك - أن هذا الفرار من أكبر الكبائر وأعظم الذنوب فقد روى مسلم بسنده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اجتنبوا السبع الموبقات ، قيل يا رسول وما هن قال : الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله

الا بالحق وأكل مال اليتيم وأكل الربا والتولى يوم الزحف • وقذف
المحصنات الغافلات المؤمنات (١) •

٢٠٤ - وبعد ذلك كله فلسنا بحاجة للإشارة أى ما ذكره الفقهاء من
أن الاكراه... المعنوى يجب ان يكون التهديد فيه بأمر غير مشروع •
فاذا كان الأمر المهدد به مشروعاً فإن حالة الاكراه لا تقوم • وما يصدق
على الاكراه يصدق على حالة الضرورة لأنه نوع منها • وقد رأينا أن المعنى
الجامع بينهما هو الاضطرار أو الاجاء •

وعلى ذلك فانه « يجب أن يكون الوعيد يفعل محذور أى غير مشروع
فان كان المهدد به مشروعاً فلا يعتبر الفاعل مكرها • فمن كان محكوماً
عليه بالجلد أو الحبس وهدد بتنفيذ العقوبة عليه ان لم يرتكب جريمة
فارتكبها فعليه عقوبتها ، ولا يعتبر انه كان في حالة اكراه • لأن الفعل الذى
هدد به مشروع فلا يعتبر التهديد هو الذى حمله على الفعل بل يعتبر
انه قد أتى الفعل بمحض رغبة (٢) •

٢٠٥ - وهكذا رأينا أن الشريعة الغراء تستلزم أن يتوافر في الخطر
الناجم عن قيام الضرورة : ان يكون خطراً غير مشروع •

وقد تأيد ما ذهبنا اليه بالقرآن والسنة تأييداً كافياً ورأينا الاسترشاد
بما قرره الفقهاء في حالة الاكراه المعنوى والله ولى التوفيق •

موقف القانون من هذا الشرط :

٢٠٦ - يشترط في الشخص الذى أحاط به الخطر ألا يكون عليه
التزام قانونى بتحمل الخطر وهذا ما يقصده بعض الشراح من اشتراطهم
في خطر الضرورة أن يكون خطراً غير مشروع (٣) ، وهو بدون شك شرط

(١) رواه مسلم من سننه عن أبى هريره رضى الله عنه - صحيح مسلم
ج ١ ص ٦٤ طبعة كتاب التحرير - ومعنى المويينات المهلكات - هامش
الصفحة المذكورة •

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ١٢٨ وما بعدها اسنى المطالب
ج ٣ ص ٢٨٢ - المغنى ج ٨ ص ٢٦٠ - التشريع الجنائى الاسلامى المرجع
السابق ص ٥٦٧ - فضيلة المرحوم الشيخ زكريا البرديسى - المرجع السابق
ص ٣٦٨ - ٣٦٩ •

(٣) رسالة الدكتور عبد المهيمن بكر سالم - المرجع السابق ص ١٩٢
رقم ١٢٩ رسالة الدكتور ادوارد توفيق - المرجع السابق ص ١٨ •

بدهى فى كثير من الحالات (١) . فاذا كان ثمة التزام قانونى يوجب على الشخص أن يتحمل خطرا معينا ، أو كان هذا الوجوب مترتبا على الوظيفة أو المهمة . فإن كانت تفرض على شاغلها مواجهة خطر معين (٢) فإنه لا يمكن - فى مثل هذه الحالات التمسك بقيام حالة الضرورة .

فالإنسان ليس من الواجب عليه - بصفة عامة - أن يقوم بأعمال بطولية أو أن يثبت بسالة خاصة فى أى ظرف من الظروف . بيد أنه اذا وضع فى وظيفة أو مهنة توجب ذلك، فإنه بحكم هذه الوظيفة يصبح من المحتمل عليه أن يستمر فى مواجهة الخطر الذى قد يتعرض له أثناء تنفيذ الواجبات القانونية التى تفرضها عليه ظروف وظيفته ولا يستطيع مثل هذا الشخص أن يتحصن بحالة الضرورة من أجل أن يبرر عملا مخالفا للقانون الذى ألقى على عاتقه مثل هذه الواجبات (٣) .

٢٠٧ - وعلى ذلك « فالمحكوم عليه بالاعدام يتهدهده خطر الهلاك شنقا ، ولكنه خطر مشروع مصدره الحكم القضائى فلا يحق له أن يهرب متعللا بحالة الضرورة (٤) » .

وأياضا فليس للجندى أن يفر من ميدان القتال للنجاة بحياته خوفا من القتال (٥) وان فعل فليس له ان يتمسك بحالة الضرورة للتهرب من عقوبة جريمة الخيانة التى ارتكبها . وكذلك قائد السفينة ليس له ان يغادرها حالة اضرامها على الفرق قبل آخر راكب وآخر بحار . لأن السفينة بما حملت فى عهدته وتحت مسؤوليته (٦) . وقد علل ذلك بعض

-
- (١) رسالة فوربيه - المرجع السابق - ص ٣٢٨ رقم ٤٤٩ .
(٢) الدكتور عبد المهيم بكر سالم - المرجع السابق ص ١٩٢ جرانمولان - المرجع السابق ص ١٣٦ رقم ١٠٦٦ .
(٣) فوربيه - المرجع السابق - ص ٣٢٩ فقرة ٤٩٩ .
(٤) الدكتور على راشد - موجز رقم ٤٤٣ ص - الدكتور عبد المهيم بكر سالم - المرجع السابق ص ١٩٢ رقم ١٢٦ - الدكتور محمود مصطفى والمرجع السابق ص ٣٢٨ ، الأستاذ محمود إبراهيم اسماعيل المرجع السابق ص ٥١٠ .
(٥) يراجع فى هذه الأمثلة وغيرها - المرجع السابق فى نفس المواضع المشار إليها . والدكتور محمد مصطفى القللى - المرجع السابق ص ٤٣٨ ، ص ٤٢٩ حيث مثل للجندى والبحار ورجل البوليس ومن اليهم .
(٦) مارشان - المرجع السابق - ص ١٨٢ - ادوارد توفيق - المرجع السابق ص ١٨ .

الشراح فقال « وعلّة ذلك ان القانون مع علمه بجائِب الخطر المحيط بواجبات مثل هؤلاء الأشخاص ، قد كلفهم بهذه الواجبات • مما يفهم منه انه قصد استبعاد معنى الضرورة فيما يواجهون ، والا لأصبح تكليفهم بهذه الأعمال أو الوظائف عبثاً لأنها تتضمن في الغالب التعرض للخطر • والهرب منه ينتهى الى التخلص من عبء الوظيفة أو الالتزام فان كان الخطر مترتباً على مهنة حرة ، فان مزاولها يعلم به وقد رضيه كما رضى بها ، فلا يجوز له أن يدفعه على حساب غيره (١) بمعنى ان قبول الوظيفة في ذاته دليل قاطع على أن هؤلاء الأشخاص قد رضوا سلفاً بكل النتائج المترتبة عليها (٢) بل يرفضون بتاتا كل ما من شأنه ان يذكرهم بعدم مشروعية الأخطار التي يواجهونها من أجل الدفاع عن مصالحهم الظاهرة (٣) • ومن ناحية اخرى فإنه لا يتصور أن يقوم تنازع بين حقين عندما يسمح القانون بتضحية احدهما في سبيل الآخر (٤) •

٢٠٨ - هذا وقد قننت كثير من التشريعات الحديثة هذه الفكرة فنص بعضها على ان حكم الضرورة « لا يطبق على هذا الذى يكون مرتبطاً بالتزام مهني خاص (٥) ومن باب أولى على هذا الذى يقوم بأداء واجب قانوني يفرض عليه تحمل الخطر (٦) •

٢٠٩ - وغنى عن البيان ان قانون العقوبات المصري لم ينص على هذا الشرط صراحة ولكن وجوده مفترض في كل الأحوال • لأن القواعد العامة تقضى به من غير حاجة الى النص عليه صراحة •

ومن ناحية اخرى فان القول بخلافه يؤدي الى اهدار كثير من نصوص القوانين المختلفة (٧) •

(١) رسالة الدكتور عبد المهيم بكر سالم - المرجع السابق ص ١٩٢
فقرة ١٢٩ •

(٢) (٣) رسالة الأستاذ فورييه - المرجع السابق ص ٣٢٩ •

(٤) رسالة الأستاذ هوريو - المرجع السابق ص ٣٠٣ •

(٥) المادة ٣٧ من قانون العقوبات الياباني (القانون الحالي) • والمادة

١٦ من القانون الصيني الصادر سنة ١٩١٢ •

(٦) المادة ٥٤ من قانون العقوبات الايطالي •

(٧) فمثلاً لو صح لمن حكم عليه بالاعدام الاحتجاج بالضرورة لادى ذلك الى تفويت المتصد من تشريع النصوص الخاصة بجريمة القتل والتي من شأنها المحافظة على حياة الناس وسلامتهم ، وهكذا ، ،

الشرط الثانى الا يكون لارادة المضطر داخل فى حلول الخطر

٢١٠ - نص القرآن الكريم على هذا الشرط صراحة ، وذلك فى قول الله سبحانه وتعالى « فمن اضطر فى مخرصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم » . فقد قال المفسرون : ان معنى قوله تعالى « غير متجانف لاثم » غير مائل اليه (١) .

والمقصود بذلك اقراراف الاثم ، اذ المجانفة هى الظلم ، أو هى الميل عن الحق عمداً ، وعلى هذا يمكننا أن نقول ان المراد من مجانفة الاثم فى الآية قصد ارتكاب الاثم عمداً (٢) .

٢١١ - وينبنى على ما تقدم ان الذى يتعمد احداث الخطر هو فى الحقيقة متجانف للاثم . فلا يعتبر مضطراً فى حكم الشريعة وان كان فى الواقع كذلك الا انه لا يستفيد من الأحكام الشرعية لنظرية الضرورة . لأنه باثمه هو الذى أوقع نفسه فى هذه الظروف بقصد منه وارادة لشوء الخطر واذن فما عليه الا أن يتحمل نتيجة قصده السيئ . والذى يظهر لنا ان من يتقاعد عن السعى فى الأرض طلباً للرزق الحلال والكسب الشريف مع قدرته التامة عليه . يعتبر مرتكباً للاثم فلا يجوز له الاحتجاج بحالة الضرورة اذا اقترف جريمة السرقة ، لأنه مكلف بالسعى للحصول على الرزق لقوله تعالى « هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقة والية النشور » (٣) .

(١) القرطبى ص ٢٠٦١ - ٢٠٦٢ طبعة الشعب . ابن كثير ج ٢ ص ١٥ . طبعة ١٤٠٠ هـ .

صفوه البيان المعانى القرآن ج ١ ص ١٨٤ . وفى هذا المعنى يقول العلامة أحمد الصاوى رحمة الله : قوله تعالى : « غير متجانف لاثم » بأن كان اضطراره ناشئاً عن اثمه فلا يجوز له الأكل ؛ حاشية الصاوى على تفسير الجلالين ج ١ ص ٢٥١ طبعة ١٩٦٠ هـ - ١٩٤١ م .

(٢) جاء فى لسان العرب « جنف واجنف فى حكمة وهو شبيهة الجنف الا ان الجنف من الحاكم خاصة والجنف عام . وفى التنزيل « غير متجانف الاثم أى متمایل متعمد (باب الجيم مع النون) .

وجاء فى المصباح المنير « جنف » من بات تعب : ظلم « أى ان كلمة جنف معناها متعمد » . ج ١ ص ٥٣ طبعة ١٣١٢ هـ المطبعة العامة (باب الجيم مع النون وما يثلثهما) .

(٣) سورة الملك الآية رقم ١٥ .

كما لا يحل له ارتكاب أى فعل محرم آخر ، ولا تناول أى شئ من المطعومات المحرمة . اذ بقعوده وتكاسله عن العمل الذى أمر الله تعالى به يعتبر آثما لمخالفته لأمر الله .

٢١٢ - ومما يتصل بهذا الشرط ما بحثه الفقهاء من اشتراط عدم المعصية فى السفر حتى يستفيد المسافر المضطر الى أحكام الضرورة أو عدم اشتراط ذلك .

وقبل البدء فى عرض آراء الفقهاء فى هذه المسألة ينبغى التأكيد على أن أحكام الضرورة تعمل آثارها فى السفر وفى الحضر على سواء أو كما يقول ابن قدامة الحنبلى رحمه الله « وتباح المحرمات عند الاضطرار اليها فى الحضر والسفر جميعا » لأن الآية مطلقة غير مقيدة باحدى الحاليتين وقوله تعالى : فمن اضطر « لفظ عام فى حق كل مضطر . ولأن الاضطرار يكون فى الحضر سنه المجاعة . وسبب الاباحة الحاجة الى حفظ النفس عن الهلاك لكون هذه المصلحة اعظم من مصلحة اجتناب النجاسات والصيانة عن تناول المستخبثات . وهذا المعنى عام فى الحالين (١) .

٢١٣ - نعود بعد ذلك الى مسألة : العاصى بسفره هل يستفيد من أحكام الضرورة ؟ .

اختلفت آراء العلماء فى هذه المسألة . ويمكننا ان نردها الى المذهبين الآتين :

(١) المغنى ج ١١ ص ٧٤ - ٧٥ طبعة ١٣٤٨ هـ - ثم اورد بعد ذلك رواية عن الامام أحمد رحمه الله يقول فيها « ان اكل الميتة انما يكون فى السفر . يعنى فى الحضر يمكنه السؤال وقد علق ابن قدامة على . هذه الرواية فقال « وهذا من أحمد خرج مخرج الغالب . فان الغالب ان الحضر يوجد فيه الطعام الحلال . ويمكنه دفع الضرورة بالسؤال . ولكن الضرورة امر معتبر بوجود حقيقته لا يكتفى فيه بالمظنة بل متى وجدت الضرورة اباحت . سواء وجدت المظنة أو لم توجد . ومتى انتفت لم يبح الاكل لعدم وجود مظنتها بحال (نفس الموضع المشار اليه فى المغنى) . ومثل هذا يقال بالنسبة لاي عبارة يجدها القارىء فى أى كتاب ، فقهى أى أنها تخرج مخرج الغالب . ولعل صحتها يقصد منها بيان حكم لحالة فردية عرضت عليه ولا يصح بحال ان . من مثل هذه الاقوال قاعدة عامة تنسب لمذهب معين . فالمذاهب الفقهية تكاد تجمع على أنه لا يبرء بسفر أو حضر طالما وجدت الضرورة . فهى تعمل أثرها بفض النظر عن كون المضطر مقيما أو مسافرا . ومثل هذا لا ينبغى أن يكون محلا لخلاف .

المذهب الاول : يتلخص في أن الضرورة تبيح ارتكاب المحرمات اذا كان ارتكابها لازما لدفع الخطر . حتى ولو كان المضطر عاصيا بسفر أو حضر . وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه ومذهب المالكية في المشهور عنهم . واحد مذهبي الشافعي ، وأصحاب هذا المذهب لا يفرقون بين العاصي والمطيع في الاستفادة من أحكام الضرورة كما لا فرق بين المسافر والمقيم في هذا الشأن . قال القرطبي : وقد اختلفت الرواية عن مالك . من مذهبه أنه يجوز للمضطر الأكل من الميتة في سفر المعصية ولا يجوز له القصر والفطر (١) .

وقد استدلوا على هذا الرأي « بأن اتلاف المرء نفسه في سفر المعصية أشد من المعصية بقوله تعالى « ولا تقتلوا أنفسكم » هذا عام ولعله يتوب في ثاني حال فتمحو التوبة عندما كان (٢) .

فمن امتنع عن المباح كان قاتلا لنفسه عند جميع أهل العلم ، ولا يختلف ذلك عندهم حكم العاصي والمطيع . بل امتناعه عند ذلك عن الأكل زيادة على عصيانه ، فوجب أن يكون حكمه وحكم المطيع سواء في استباحة الأكل عند الضرورة (٣) .

كما ان المضطر لو امتنع عن أكل المباح من الطعام حتى مات كان عاصيا لله تعالى ، وان كان باغيا على الامام خارجا في سفر معصية ، والميتة عند الضرورة بمنزلة المذكي في حال الامكان والسعة ، فذلك « العاصي متى ترك الأكل في حال الضرورة حتى مات كان مرتكبا لضربين من المعصية : أحدهما : خروجه في معصية . ، والثاني : جنايته على نفسه بترك الأكل وأيضا فالمطيع والعاصي لا يختلفان فيما يحل لهما من المأكولات ، أو يحرم ألا ترى أن سائر المأكولات التي هي مباحة للمطيعين ، هي مباحة للعصاة .

(١) القرطبي ص ٦١١ طبعة الشعب . ثم ساق تعليقا عن بعض العلماء على ذلك بقوله (فأما الأكل عند الاضطرار فالطائع والعاصي فيه سواء ، لأن الميتة يجوز تناولها في السفر والحضر ، وليس بخروج الخارج الى المعاصي يسقط عنه حكم المقيم بل أسوأ حالة من ان يكون مقيما وليس كذلك الفطر والقصر لأنهما رخصتان متعلقتان بالسفر . فمتى كان السفر سفر معصية لم يجوز ان يقصر فيه لأن هذه الرخصة تختص بالسفر . ولذلك قلنا أنه يتيمم اذا عدم الماء في سفر المعصية لأن التيمم في الحضر والسفر سواء (القرطبي ص ٦١١) .

(٢) القرطبي نفس الموضع .

(٣) المرجع السابق نفس الموضع .

كسائر الأطعمة والأشربة المباحة ، وكذلك ما حرم من الأطعمة والأشربة لا يختلف في تحريمه المطيعين والعصاة فلما كانت الميتة مباحة للمطيعين عند الضرورة وجب أن يكون كذلك حكم العصاة فيها كسائر الأطعمة المباحة في غير حال الضرورة » (١) .

٢١٤ - المذهب الثاني : يتلخص هذا المذهب في أن العاصي بسفوره لا يباح له أكل الميتة اذا اضطر لها . وهو مذهب الحنابلة والظاهرية فيما حكاه ابن حزم ، وهو أحد قولين عند الشافعي وأحدى الروايات عن مالك . وهو أيضا مذهب بعض التابعين (٢) .

فان اراد الاستفادة من أحكام الضرورة وجب عليه أن يقلع عن المعصية ، وذلك بأن يتوب الى الله من معاصيه ، فان تاب حل له تناول ما اضطر اليه من المحرمات . في الحدود المشروعة .

على أنه اذا لم يتب لا يباح له شيء مما أباحه الله في حال الضرورة كما انه اذا امتنع عن الأكل كان عاصيا أيضا .

وفي هذا يقول ابن حزم « ومن كان في سبيل معصية كسفر أو قتال لا يحل فلم يجد شيئا يأكله ، الا الميتة ، أو الدم أو خنزيرا ، أو لحم سبع أو بعض ما حرم عليه لم يحل له أكله الا حتى يتوب . فان تاب فليأكل حلالا ، وان لم يتب فان أكل أكل حراما وان لم يأكل فهو عاص الله تعالى بكل حال (٣) .

وأستدل أصحاب هذا الرأي :

أولا : ان الله سبحانه وتعالى لم يبح تناول المحرمات عند الضرورة

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٢٦ وما بعدها . ومن ناحية أخرى يؤكد القرطبي الفكرة الأولى التي أشار إليها الجصاص فيقول « وكيف يجوز منعه من أكل الميتة والتميم لأجل معصية ارتكبها وفي تركه الأكل تلف نفسه . وتلك أكبر المعاصي . وفي تركه التيمم إضاعة الصلاة يجوز أن يقال له ارتكبت معصية فأرتكب أخرى ؟ أيجوز أن يقال لشارب الخمر أكره ؟ أو يقال لهما ضيعة الصلاة ؟ (القرطبي ص ٦١٢)

(٢) المغني ج ١١ ص ٧٤ - ٧٥ المحلى ج ٨ ص ٣٣١ - المسألة رقم ١٤٠٦ طبعة ١٣٥٠ هـ (منير الدمشقي) وقد ورد هذا المذهب عن مجاهد وسعيد بن جبير .

(٣) المحلى ج ٨ ص ٣٣١ .

الا في حال يكون فيها - الفاعل - غير متجاف لاثم ، لا باغيا ولا عاديا •
فالقول بغير ذلك مخالفة صارخة لنصوص القرآن الكريم التي قطعت في
صراحة ووضوح اشتراط عدم المعصية وعدم تعمد ارتكاب الائم والبنى •

ثانيا : ان في اباحة هذه الأمور للعاصي ولو كان مضطرا اليها ، اعلنه
له على الائم والعدوان ، وتقوية له « على قطع الطريق أو فساد السبيل
وقتل المسلمين وهذا عظيم جدا (٣) » •

٢١٥ - رأينا في هذا الخلاف :

وبأدنى تأمل - يظهر لنا - رجحان المذهب الثانى القائل بعدم اباحة
المحظورات للمضطر اذا كان عاصيا لله تعالى •

على أنه يجب - فى رأينا - أن تكون المعصية هى السبب المؤدى الى
قيام حالة الضرورة •

والأمثلة التى ساقوها هى من هذا القبيل فهذا الذى يخرج من بيته
مسافرا فى سبيل معصية الله وارتكاب الآثام ثم يؤدى به سفره الى أن
يضطر لتناول طعام أو شراب محرم • هو على الحقيقة متجاف لائم حال
اضطراره ولا يحل له بنص القرآن أن يتناول محظورا الا اذا تاب من
مخالفاته •

قد يقال ان التوبه مسألة نفسية • ونحن نقول ان نية الائم والعصيان
مسألة نفسية أيضا • ولكن لكل ذلك دلائل • فالمسافر للمعصية ، علامة
توبته رجوعه من سفره أو على الأقل - عدم ارتكاب ما نوى اقترافه من
الآثام ، والشروع • وكذلك المثال الثانى ولعله أوضح من الأول : وهو من
خرج لقطع الطريق ، فبلغ به قصده السوء الى أن صار فى حال اضطرار
الى تناول المحظورات •

وحكمه أن لا يباح له شىء منها ، فأى اثم هذا الذى تجاف له ؟
وأى ذنب ذلك الذى تعمد اقترافه ؟

انه قطع الطريق على عباد الله •

وما هو الجزاء الذى وضعه الله لمثل هذا الآثم الشرير ؟

انه العقاب الرادع له والزاجر لأمثاله ، وهو ما قرره الله تعالى في كتابه العزيز حيث يقول سبحانه « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم (١) » .

أعلى مثل هذا يخشى المعارضون خطر الموت جوعا • ويقولون ان لم يأكل كان عاصيا • ونحن نقول لهم أى معصية بعد هذا الذى تجرأ عليه • وكيف تخشون عليه الموت ، وقد وضع الله لمثل هذا عقوبة الموت •

بل لقد نصت الآية على ان هذه العقوبة هى أولى العقوبات الواجبة التنفيذ على قاطع الطريق اذا توافرت شروطها •

٢١٦ - وعلى ذلك فلماذا لا يقال له : انت الذى جنيت على نفسك فلتتحمل وزر جنايتك • وهو قول على ما يبدو لنا فى غاية من الحكمة • ذلك أنه ان مات على هذه الحال فقد اراح الله المجتمع من شره • وان أكل من المحرمات فان هذه المعصية لا تساوى شيئا بجانب قطع السبيل والسعى فى الأرض فسادا رغم انها محسوبة عليه فى الدنيا والآخرة • وان قبض عليه استحق احدى العقوبات المحددة فى الآية الكريمة المشار اليها • اما ان • تاب قبل القدرة عليه فانه يصير حرا طليقا ويباح له ما أباحه الله لعباده فى حالة الاضطرار • وهكذا فليس امامه الا التوبة والاقلاع عما هو فيه (٢) •

٢١٧ - وقد قال المعارضون « انه غير مباح له الجناية على نفسه بترك الأكل وان لم يتب لأن ترك التوبة لا يبيح له قتل نفسه (٣) » •

وجوابنا على ذلك أن مثل هذا الجانى لن يصلح شأنه الا بالتوبة • وخاصة قاطع الطريق • الذى هو مهدر الدم (٤) • ولم يقل أحد له بالجناية على نفسه بل قلنا له بالتوبة أن أراد ان يستفيد مما أباحه الله لعباده • فان

(١) سورة المائدة الآية رقم ٣٣ •

(٢) راجع للمؤلف : نظام التوبة وأثره فى العقوبات : مجلة القانون والاقتصاد عدد سبتمبر سنة ١٩٧٣ م •

(٣) احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٢٦ •

(٤) التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٢٥٩ وما بعدها وعلى الاخص ص ٥٣٣ فقرة ٣٧٥ ، ص ٥٤٤ فقرة ٣٧٩ •

أصر على مجانفته للآثم رغم اضطرابه • فإن أحكام نظرية الضرورة لا تنفيده في شيء • لأن الله تعالى اشترط فيمن يستفيد بأحكام الضرورة أن يكون « غير متجانب لآثم » بصريح نص الآية الكريمة •

٢١٨ - وقد تناول ابن حزم طرفاً مما استدلوا به فأجاب عنه إجابة وافية - فضلاً عما سبق لنا بيانه - وهذا نص عبارته « فقلوا معني قوله تعالى (غير باغ ولا عاد) أى غير باع في الأكل ولا عاد فيه • فقلنا هذا الباطل والقول على الله تعالى زيادة في القرآن بلا برهان • وهذا لا يحل أصلاً ، لأنه تحريف للكلام عن مواضعه • فان قالوا : قد قال الله تعالى : (ولا تقتلوا أنفسكم) فهو ان لم يأكل قاتل نفسه ، فقلنا : قول الله حق وما أمرناه قط بقتل نفسه ، بل قلنا له : افعل ما افترض الله عليك من التوبة ، واترك ما حرم عليك من السعى في الأرض بالفساد والبغى وكل في نفس الوقت جلالاً طيباً (١) •

٢١٩ - أما اذا لم يكن المضطر متجانهاً للآثم • بلو كرم ما يمكن ان يسند اليه مجرد اهمال أو تقصير دون قصيد متعمد الى اقتصراف الآثم والعصيان فانه في هذه الحالة لا يعتبر باغياً ولا عادياً • وبالتالي يكون له ان يستفيد من حالة الضرورة التي تبيح المحظور بالتقدير الملازم وفي الحدود الشرعية التي سوف نبينها في حينها •

(١) ثم ختم ابن حزم رحمه الله عبارته بجملة رآيت فيها حدة أخرجه عن حدود المناقشة العلمية حيث قال « فان اضيفتم الى خلافكم القرآن الإباحة له ان لا يتوب وأمره بأن يصر على الفساد في الأرض فما أردنا منكم الا اقل من هذا (المحلى ج ٨ ص ٣٣١) •

ونحن لا نوافق العلامة ابن حزم على هذا القول لانه خروج كامل عن الموضوعية فليس بينه وبين من يخالفه الرأي الا الاقتناع بالدليل والبرهان • واذا كان يعتقد ان رايه هو الراجح او هو الراي الصواب فذلك من حقه • ولكن ليس معنى ذلك ان غيره قد ارتكب خطيئة في الراي الذي ابداه • فاقصى ما يمكن وصفه انه اخطأ الراي وقد صح في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : من اجتهد فأخطأ فله اجر • فهنا لك اذن فرق شاسع بين الخطأ والخطيئة • وقد ثبت ان صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اجتهدوا في العهد النبوى وقد أقر عليه الصلاة والسلام كل فريق على رايه • فما بالنارى ابن حزم رحمه الله يتمنى للأئمة الاجلاء ما لا تتمناه له ولا نغيره • ولا نملك في هذا الصدد الا أن نقول سامح الله ابن حزم وغفر لنا وله ولعصاة المسلمين • وزاد الله ائمة الاسلام رفعة ومنزلة •

وعلى ذلك فمن أسرف في انفاق ماله في الوجوه المشروعة • ولكن دون قصد متعمد منه ثم وجد نفسه في حالة من شدة الجوع ولا يجد ما ينقذ به نفسه الا طعاما محرما فانه يسوغ له ان يتناول القدر اللازم لانقاذه من خطر الجوع بغض النظر عن اهماله أو عدم احتياظه •

موقف القانون من هذا الشرط :

٢٢٠ - عبرت المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى عن هذا الشرط بقولها « ولم يكن لارادته دخل في حله » (١) وهو موقف غالبية التشريعات الأخرى وما عليه آراء الشراح (٢) وأحكام القضاء (٣) وقد جاء في التعليقات على هذا الشرط (المنصوص عليه في المادة ٦١ ع.م) انه « قد قصد به الحالة التى يأتري فيها الجانى مع آخرين لارتكاب جريمة ثم يدعى أنه لم يكن يقصد فى آخر لحظة اتيان الجريمة ولكن عاقه الآخرون عن الامتناع » (٤) •

غير انه يجب أن يلاحظ أن هذه الحالة التى ذكرتها التعليقات ، ليست الا مجرد مثال للحالات الكثيرة الأخرى التى يمكن أن تدخل فى حكم

(١) الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد - المرجع السابق - ص ٤٥٠ - ٤٥١ ، الدكتور محمود محمود مصطفى - المرجع السابق ص ٣٢٩ رقم ٣٣٤ طبعة ١٩٦٤ ص ٤١٧ رقم ٣٢٤ . الدكتور محمد مصطفى القللى ص ٤٣٩ الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل - المرجع السابق ص ١٢٠ . الدكتور على احمد راشد - المرجع السابق ص ٥٦١ رقم ٦٠٣ . جرانمولان المرجع السابق ص ١٣٦ رقم ١٠٦٨ .

Goadby. Cf. M. : Commentry On Egyptian

Criminal law., Part I, p. 137 Cairo 1924.

فورييه - المرجع السابق ص ٣٢٩ رقم ٥٠٠ . مارشان - المرجع السابق ص ١٨٤ - ١٩١ موريو المرجع السابق ص ٢٤٥ وقد عبر الأستاذ فورييه عن هذا الشرط بقوله L'absence de faute préalable de l'agent

(٢) وهذه العبارة تقابلها عبارة المادة ٥٤ من قانون العقوبات الايطالى التى تقول danger qu'il n'a pas faite naitre Volontairement

(٣) المراجع المشار إليها فى الهامش رقم (١) .

(٤) تعليقات الحقانية على المادة ٦١ .

هذا الشرط (١) فمثلا لا يعفى من العقاب من يشعل النار عمدا في منزل أو غيره اذا أحاطت به التيران المندلعة ، واضطر الى الهرب منها بلا وعي فصدم طفلا فقتله (٢) وكذلك لا يعفى من العقاب من يرتكب جريمة السرقة خوفا على حياته من خطر الجوع ؛ في حين أنه هو الذى تسبب بنفسه في احداث هذا الخطر بتقاعده عن العمل والكسب مع قدرته التامة على ذلك (٣) .

وأیضا لا تعفى من العقاب الفتاة التى تحمل سفاحا اذا اجهضت نفسها أو قتلت طفلها خشية العار (٤) بل انها ارتكبت جناية فوق الجناية .

٢٢١ - وبعد استعراض ما جاء في تعليقات الحقانية ، وما أورده الشراح من الأمثلة يمكن أن يقال : ان المراد من هذا الشرط ألا يكون الفاعل أوجد بفعله العمدى حالة الخطر .

والعلة في هذا - كما هو واضح - « ان من يحدث الخطر بفعله العمدى ، لا يقوم في شأنه معنى الاكراه أو الاضطرار الى تفاديه ، فقد كان ذلك في يده ، وقد جلبه على نفسه عامدا مختارا ، فليس ثمة ما يبرر تضحية حقوق الناس من أجله (٥) » .

هذا فضلا عن انتفاء عنصر المفاجأة في قيام الخطر لا لأن الجانى علم به ، بل لأنه هو الذى أوجده عمدا بارادته واختياره (٦) فلا عذر ولا مفاجأة لمن تسبب بنفسه في احداث الخطر (٧) . على انه يدخل تحت حكم هذا الشرط الفاعل الذى أوجد حالة الخطر بفعله العمد حتى ولو لم يكن هذا

(٣) الدكتور محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣٢٩ فقرة ٤٤٣ .

(٤) المرجع السابق نفس الموضع . الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل -

المرجع السابق ص ٥١٢ .

(٥) الدكتور على راشد - المبادئ - رقم ٦٠٣ ص ٥٦١ ، الدكتور

عبد المهيم بكر سالم المرجع السابق ص ١٩٣ رقم ١٣٠ .

(١) الأستاذ الدكتور محمود مصطفى المرجع السابق ص ٣٢٩

« اما اذا كانت الفتاة قد حملت شيطانا نتيجة اغتصابها فلا عقاب عليها اذا اجهضت نفسها خشية العار ، المرجع السابق - نفس الموضع هامش (١) وغنى عن البيان انها تعاقب اذا قتلت طفلها .

(٢) رسالة الدكتور عبد المهيم بكر سالم - السابق الاشارة اليها -

ص ١٩٣ رقم ١٣٠ .

(٣) الدكتور على راشد - المرجع السابق - ص ٥٦١ رقم ٦٠٣ .

(٤) الدكتور محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣٢٩ رقم ٣٣٤ .

الفعل مكونا لجريمة عمدية (١) وذلك كحالة من يتوكل بتقاعده عن العمل والكسب مع قدرته على ذلك . فينشأ عن موقفه حالة خطر حال يتهدد فيها بالموت جوعا . لنفس الأسباب السابقة . خصوصا وان النص يقول « ولم يكن لارادته دخل في حلوله » واردة هذا المتكاسل عن الارتزاق هي التي أدت به الى حالة الخطر وعليه أن يتحمل وزره ولا يلومن الا نفسه .

٢٢٢ - اما اذا كان الخطر قد نجم عن سلوك غير متعمد من الجاني ، ولكن توافر فيه الاهمال وعدم الاحتياط . بمعنى أن الخطر نشأ عن تقصيره واهماله . فهل يعتبر هذا الفاعل قد أوجد بارادته حالة الخطر ؟ وبذلك فانه يدخل في نطاق هذا الشرط وتحت حكمه فلا يستفيد من قيام حالة الضرورة . أم أن الفعل غير المتعمد ليس مرادا بهذا الشرط ؟ وبذلك فان المقصر أو المهل الذي يؤدي تقصيره وعدم احتياطه الى خطر حال يستفيد من حكم الضرورة .

٢٢٣ - ذهب بعض الشراح في مصر الى أنه لا يلزم أن يكون الجاني قد قصد احداث الخطر ، وانما يكفي لكي يتمتع عليه التمسك بحالة الضرورة ويحرم من الاستفادة من أحكامها - أن يرتكب خطأ بتبصر . ويسوق لذلك مثلا بمن يحرس كلبا عقورا ، وهو يعلم بخطورته ، فينقض عليه الكلب يريد ايداءه ، فيضطر الى قتله ، فإنه لا يكون عندئذ في حالة ضرورة . لأن .. لارادته دخلا في حلول الخطر الذي حاق به . وقد كان الخطر نتيجة متوقعة ومحتملة . فليست مفاجأة للجاني فيما حدث (٢) .

٢٢٤ - ولكن هذا الرأي لا يمكن التسليم به لأن « النص صريح في أن يكون تدخل الارادة في حدوث الخطر متعمدا ، أي أن الجاني اراد عمدا احداث الخطر . والعبارة الفرنسية أظهر في الدلالة على هذا .

(٥) الدكتور على راشد - مبادئ القانون الجنائي ١٩٤٨ - ص ٥٦٢ رقم ٦٠٣ .

(١) القلبي - المرجع السابق ص ٤٤٠ .

فكلمة Volontairment التى وردت فى الترجمة الفرنسية لنص المادة ٦١ ع ٢٠ م هى التى يستعملها المشرع عادة فى معنى العمد • اذ المقصود منها أن يتعمد الجانى أحداث الخطر • وهذا المعنى الذى قصده اذ لم يشأ أن يحرم الفاعل من الاتفان بحالة الضرورة بعد أن تسلسلت النتائج على وجه لم يكن يقصده (١) •

٢٢٥ - ومن أجل ذلك نرى الغالبية العظمى من الشراح فى مصر (٢) • يذهبون الى أن الخطر الناجم عن تقصير الجانى أو اهماله وعدم احتياظه لا يمنع من جواز تطبيق المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى •

واذن فمن يتسبب بفعله غير العمدى فى أحداث خطر حال « فلا يمنعه ذلك من أن يبرر مسئوليته عن الجرائم التى يرتكبها وفقا لهذا الخطر تمسكا بحالة الضرورة » (٣) •

وهو أيضا ما ذهب اليه بعض الشراح فى فرنسا وفى بلجيكا (٤)، فرغم أنه فى عديد من الحالات يكون للفاعل دخل كبير فى نشأة

(١) محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣٣٠ وفى طبعة ١٩٦٤ ص ٤١٨ •

(٢) الدكتور السعيد مصطفى السعيد - المرجع السابق طبعة ١٩٦٢ ص ٤٥٣ وقد قال سيادته ان الاجماع قد انعقد على هذا الراى •
الدكتور على احمد محمد - المبادئ - ص ٥٦٢ رقم ٦٠٣ - والموجز رقم ٤٤٤ طبعة - ومذكرات القانون الجنائى ص ٤٤١ (طبعة نهضة مصر)
الدكتور محمود محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣٣٠ رقم ٣٣٤ ونفس المرجع طبعة ١٩٦٤ رقم ٣٢٤ •

جرانمولان فى تعليقه على المادة ٥٦ من قانون سنة ١٩٠٤ مستنبطا هذا الشرط منها مقررًا ما قلله غالبية الشراح فى هذه المسألة المرجع السابق ج ٢ ص ١٣٦ رقم ١٠٦٨ • الدكتور أن كامل مرسى والسعيد مصطفى ص ٤١٥ طبعة الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل المرجع السابق ص ٥١٣ •

الدكتور محمود نجيب حسنى - المرجع السابق ص ٦٧٥ - ٦٧٦ •
الدكتور عبد المهيم بكر سالم - المرجع السابق ص ١٩٣ رقم ١٣٠ •
(٣) الدكتور محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٣٣٠ رقم ٣٣٤ ونفس المرجع طبعة ١٩٦٤ ص ٤١٨ رقم ٣٢٤ •

(٤) فورييه - المرجع السابق ص ٣٣١ - موريو المرجع السابق ص ٢٩٦ •

الظروف المؤدية الى قيام حالة الضرورة ، فان هنالك حالات كثيرة جدا تقوم فيها حالة الضرورة بسبب أهمال الجاني وقلة احتياظه (١) ويضرب بعض الشراح لذلك مثلا بالشخص الذي يرجع مرهقا من عمله اليومي فيضطجع على سريره وقد أشعل سيجارا . وبينما هو على هذه الحال يتغلب عليه النوم فيسقط السيجار من يده فتشتعل النار في فراشة فينتبه مذعورا . ويحاول الخلاص فلا يستطيع الا بكسر الحاجز الصغير الذي يفصل مسكنه عن الشقة المجاورة . فهل مثل هذا الشخص يعاقب جنائيا ؟ الجواب في غاية الوضوح (٢) فهو في حالة ضرورة ولم يفعل الا ما رآه منقذا له من خطر الموت .

٢٢٦ - والخلاصة من كل ما سبق أنه يشترط لقيام حالة الضرورة ألا يكون لارادة الفاعل دخل في حلول الخطر . بمعنى أن الفاعل لم يقصد أحداثه عمدا ولم تنتج ارادته الى أحداثه مباشرة (٣) .

أما اذا كان منشأ الخطر راجعا الى أهمال الجاني وعدم احتياظه فانه يستطيع أن يتمسك بقيام حالة الضرورة حتى يستفيد من أحكامها (٤) .

٢٢٧ - ومن ناحية أخرى فان تأثير هذا الخطأ بالنسبة الى الغير محتم الرفض حيث يجوز لهذا الغير ان يتدخل لانقاذ من أحاط به الخطر بغض النظر عن الاهمال وقلة الاحتياط .

ففي المثال السابق لو رأى أحد المارة الدخان يتصاعد من حجرة ذلك الشخص فانه يجوز لهذا المار أو لغيره أن يتدخل لانقاذ من بالداخل ولو كان ذلك بكسر الباب بالقوة حتى لو كان الباب مملوكا للغير .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه « ليس للانسان أن يرتكب امرا محرما ثم يقارف جريمة في سبيل النجاة مما أحدثه يديه فالمتهم الذي يرتكب جريمة اخفاء أشياء مسروقة لا يقبل منه التمسك بحالة الضرورة تبريرا لارتكاب جريمة رشوة التجا الى ارتكابها تخلصا من خطر القبض عليه (نقض ١٣ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٢ ص ٣٣٠ رقم ٦٣) .

(٢) وبدهى انه لو كان الخطر نتيجة نشاط للجاني خال من الخطأ تماما فانه لا يمنع من باب اولى من قيام حالة الضرورة ومن تمكين الشخص من دفع الخطر ولو بفعل مكون للجريمة (قارن الدكتور عبد المهيمن بكر سالم المرجع السابق - ص ١٩٣ رقم ١٣٠) .

(٣) فورييه - المرجع السابق ص ٣٣٠ رقم ٥٠٠ .

(٤) المرجع السابق ص ٣٣٠ - ٣٣١ رقم ٥٠١ .

٢٢٨ - وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة القسم الأول من شروط الضرورة . وهذا النوع من الشروط هو الخاص بنشأة الخطر .

وعرفنا أنه يشترط في الخطر الناجم عن قيام الضرورة شرطان : الأول : أن يكون غير مشروع . وذلك باتتقاء الأساس المشروع الذى يقوم عليه فان وجد سبب مشروع يبنى عليه الخطر ، لم يكن الفاعل بضد حالة من حالات الضرورة . والشرط الثانى أن لا يكون لارداة المضطر دخل فى أحداث الخطر . والا فانه يكون هو المسئول عن قصده السيئ ونيته الآثمة على ان المقصود من ذلك هو الاثم المتعدد وذلك مستفاد من عبارة من قول الله تبارك وتعالى : « غير متجاف لاثم » .

ومعنى ذلك أن المخطئ الذى لم يَأْثِمَ كلية والمهمل الذى لم يعتمد أحداث الخطر يستفيد بأحكام للضرورة لأنه لم يتجاف الاثم .

٢٢٩ - وتفصيلات هذين الشرطين فى ظل القانون الوضعى لا تكاد تخرج عما هو مقرر فى الشريعة الفراء .

باستثناء ما ساقه بعض الشراح من أن المخطئ الذى يتسبب بخطئه فى نشوب حريق لا مسئولية عليه ان صدم طفلا فقتله (١) ، أو رجلا فأصابه بجروح أثناء هذه المحاولة (٢) فلا مسئولية عليه لأنه كان مكرها ، ولأن فعل الحريق لم يأت عمدا بل وقع على غير قصد منه (٣) .

ذلك ان هذه الأمثلة لا تقرها الشريعة ولا تقبلها لأن الأنفس معصومة الا بحققها وكذلك الأموال .

ولعل ذلك يرجع الى أن آثار الضرورة فى الشريعة الاسلامية تختلف عنها فى القانون الوضعى كما سنراه فى موضعه المناسب . بمعنى أن مخالفة هذه الأمثلة لأحكام الشريعة لا ترجع الى خصوص هذين الشرطين وانما ترجع الى موقف القانون من آثار الضرورة .

(١) محمود ابراهيم اسماعيل المرجع السابق ص ٥١٣ .

(٢) على راشد - المرجع السابق - المبادئ - ص ٥٦٢ رقم ٦٠٣ .

(٣) محمود ابراهيم اسماعيل - المرجع السابق - ص ٥١٣ .

الفصل الثاني

في

شروط الخطر

٢٣٠ - الخطر أو الضرر الجسيم هو الركن الجوهرى في قيام حالة الضرورة كما سبق البيان . وحتى يمكن قيام هذه الحالة يتعين أن يتوافر في الخطر شرطان :

الأول : أن يكون جسيما .

الثاني : أن يكون حالا .

الشرط الأول : أن يكون الخطر جسيما .

٢٣١ - يشترط حتى يمكن القول بوجود الضرورة أن يكون المخطر مهددا بخطر جسيم وهذا الشرط بدهى الثبوت لأن كلمة ضرورة لا يمكن أن تتحقق ، ولا يصح القول بوجودها الا اذا كان الشخص الذى أحاطت به ظروفها مهددا بهلاك أو تلف كبير .

ويمكن ان نقول أن في نصوص القرآن الكريم ما يدل على أهمية هذا الشرط . من ذلك قول الله تبارك وتعالى : « فمن اضطر في مخمصة غير بجانب لأثم فإن الله غفور رحيم » ففي هذا النص المبارك دلالة على اخطار الخطر الجسيم من وجوه ثلاثة :

الأول : أن قوله تعالى « اضطر معناه افتعل من الضرورة (١) » وقد سبق أن قلنا أن الضرورة فعولة من الضرر . أى الضرر البالغ الذى يؤدي الى التلف أو الهلاك ، وهكذا فالنص القرآنى هنا وفي الآيات الكثير الأخرى تضمن اشتراط الخطر الجسيم الذى لا تقوم الضرورة الا بوجوده .

(١) تفسير القرطبي ص ٦٠٣ . تفسير ابن كثير ج ١ ص ٢٠٥ - ٢٠٦
صفوة البيان لمعانى القرآن ج ١ ص ١٨٤ . حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١١٦ (المطبعة العامة) .

الثاني : كلمة « مخمصة » الواردة في النص القرآني الكريم مقصود بها « شدة الجوع » (١) فقول الله عز وجل « فمن اضطر في مخمصة » معناه فمن ألجأته الضرورة الى أكل شيء من هذه المحرمات في مجاعة شديدة » (٢).

الثالث : مجرد الجوع لا يكفي لاعتبار الشخص مضطرا . فان تناول محرما على هذه الحال يعتبر متجافا لاثم — متى كان جوعه عاديا لم يبلغ حد التهديد بالهلاك أو الضرر الجسيم — ذلك أن المجاعة للاثم، من العموم بحيث تصدق على من كان اثمه سببا في قيام حالة الضرورة . كما سبق أن بيناه . أو من كان مدعيا لها ؛ كحالة هذا الجائع الذي لم يصل به الجوع الى التهديد بهلاك أو تلف . فهو أذن متجائف للاثم فلا يعتبر مضطرا ولا يستفيد من أحكام الضرورة .

٢٣٢ — ومن ناحية أخرى؛ فاننا نستطيع أن نصل الى استخلاص هذا الشرط من تعريف الضرورة الذي أشار اليه بعض الفقهاء حيث قالوا : انها الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا (٣) . فالخوف على النفس من الهلاك لا يكون الا في حالة تهديدها بخطر يكاد يودي بها . والا لما صح أن يقال بوجود خوف على النفس من الهلاك . وهكذا فجسامة الخطر شرط أساسي ، بل وبدهى في اعتبار الشخص مضطرا . والا لما تصورنا قيام الضرورة .

٢٣٣ — وأخيرا فان الفقهاء اشترطوا في الاكراه — الذي يبيح ارتكاب المحظور — أن يكون اكراها ملجئا . ومعنى كونه ملجئا أن يهدد المكره بخطر جسيم ان لم يذعن لما أكره عليه . وبين ذلك بعض الفقهاء بقوله : أن يكون متلقا نفسا أو عضوا أو موجبا غما يعدم الرضاء (٤) .

وقد أكد ذلك صاحب تكملة البحر الرائق في عبارة صريحة فقال : « والاكراه نوعان : ملجئ وغير ملجئ فالملجئ هو الكامل ، بما يخاف على نفسه أو عضوه فانه يعدم الرضاء ويوجب الالجاء ويفسد الاختيار » (٥) .

(١) ففى لسان العرب : الخمصان الجائع الضامر البطن « الخاء مع الميم » المصباح المنير الخاء من الميم وما يثلثهما . مختار الصحاح (الخاء مع الميم) .

(٢) صفوة البيان لمعانى القرآن ج ١ ص ١٨٤ .

(٣) سبق أن أشرنا الى أن هذا التعريف قال به فقهاء المالكية .

(٤) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٥ ص ١٠٩ — ١١٠ .

(٥) تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٧٩ طبعة ١٣١٠ هـ بطبعة الاول علمية .

ومثل ذلك ما جاء في الدر المختار شرح تنوير الأبصار من أن الاكراه نوعان : تام وهو الملجئ بتلف نفس أو عضو أو ضرب مبرح^(١) .

معييار الضرورة في الفقه الاسلامى :

٢٣٤ - لا شك أن جسامه الخطر هى الشرط الجوهرى الذى يؤدى الى قيام الضرورة ، ولا جدال أيضا فى أنه اذا ما تأكد هذا الخطر الجسيم أمكن دفعه ولو بأرتكاب فعل محرم شرعا . وأن لهذا الفاعل - المضطر - أن يتمسك بحالة الضرورة ليستفيد من أحكامها .

ولكن اذا ما تعذر الوصول الى التأكد من قيام الخطر ، فما هو حكم الشريعة فى هذه الحال ؟

ينص الفقهاء على أن العبرة فى القول بقيام الخطر أو عدم قيامه بما يقوم فى ذهن المضطر ، متى كان اعتقاده هذا مبني على أسباب معقولة^(٢) . وهذا هو ما يقصدونه من تعبيرهم بالظن الراجح .

فالظن الراجح هو الاعتقاد المبني على أسباب معقولة ولقد صرح الفقهاء فى مواضع متفرقة بأن المدار على تحقق الضرورة أو الاكراه هو غلبه الظن . فقد اشترط بعض الحنفية فى الاكراه « أن يغلب على ظنه أنه يوقع ذلك به لو لم يفعل . لأن غلبة الظن معتبرة عند تعذر الأدلة^(٣) . ومثل هذا الشرط ورد صراحة فى الدر المختار^(٤) وقد عبرت بعض الكتب عن هذا الشرط بعبارة : أن يصير خائفا على نفسه^(٥) . والخوف لا يكون الا حيث يقوم الاعتقاد فى ذهن الفاعل بقيام الخطر اعتقادا مبني على أسباب معقولة .

وكما سبق أن أوردنا تعريف المذهب المالكى للضرورة بأنها « الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا » .

وأن التعبير بالخوف يكفى بذاته للقول بأن العبرة عندهم فى قيام الضرورة هو ما يقوم ذهن الفاعل . ثم ختموا هذه العبارة بما يؤكد هذا

(١) الدر المختار ج ٥ ص ١٠٩ .

(٢) التشريع الجنائى الاسلامى ج ١ ص ٥٦٥ .

(٣) تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٨٠ .

(٤) ج ٥ ص ١٠٩ مع حاشية ابن عابدين عليه .

(٥) كشف الأسرار ج ٤ ص ١٥٠٢ .

المعنى . وذلك حين قالوا « علما أو ظنا » وهذا يدل على أن الأصل في خوف الهلاك هو تيقن الخطر . وأن الظن في مرتبة العلم عند عدم وجوده وأيضا فإن فقهاء المذهب الشافعى قد أكدوا هذا المعنى فقد جاء في مغنى المحتاج « ومن خاف على نفسه موتا أو مرضا مخوفا ووجد محرما لزمه أكله . ولا يشترط مما يخاف منه تحقق وقوعه . بل يكفي في ذلك الظن ولا يشترط فيه التيقن ولا الاشراف على الموت » (١) .

٢٣٥ - من كل ما سبق يمكننا أن نقول أن المعيار الذى به يقيس فقهاء الشريعة الضرورة هو معيار شخصى حيث يأخذون في اعتبارهم الاعتقاد الذى يقوم بذهن المضطر لخطر قيام الخطر . وهذا يستلزم بدوره مراعاة الظروف والملابسات التى أدت بالفاعل الى أن يعتقد مثل هذا الاعتقاد .

موقف القانون من هذا الشرط :

٢٣٦ - يشترط القانون الوضعى في خطر الضرورة : أن يكون جسيما (٢) . ويدخل في معنى الخطر الجسيم : خطر الموت ، أو حصول عاهة مستديمة أو الاصابة بجروح بالغة تجعل المجرع مشرفا على ضرر كبير (٣) . ويمكن أن يقال . بصفة عامة ان الخطر الجسيم « هو الذى لا يمكن للشخص أن يتحملة عادة (٤) وقد عرفه بعض الشراح بأنه « الخطر الذى من شأنه أن يحدث ضررا لا يمكن جبره ، أولا يجبر الابتضحيات كبيرة (٥) .

-
- (١) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٠٦ طبعة ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م .
(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى - المرجع السابق ص ٣٢٩ رقم ٣٣٢ - الدكتور محمد مصطفى القللى - المرجع السابق - ص ٤٣٨ - الدكتور السعيد مصطفى - المرجع السابق طبعة ١٩٥٣ - ص ٤٤٩ - الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل - المرجع السابق - ص ٥١٠ - ٥١١ - الدكتور على راشد - المرجع السابق ص ٥٥٨ - ٥٥٩ رقم ٦٠٠ - الدكتور عبد المهيمن بكر سالم - المرجع السابق - ص ١٩٠ - رسالة الدكتور ادوارد توفيق المقدمة بالفرنسية الى جامعة باريس - السابق الاشارة اليها ص ١٨ - جرنمولان - المرجع السابق ص ١٣٦ رقم ١٠٦٦ .
(٣) الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل - المرجع السابق - ص ٥١٠ - ٥١١ .
(٤) الدكتور عبد المهيمن بكر سالم - المرجع السابق - ص ١٩٠ رقم ١٢٩ .
(٥) الدكتور السعيد مصطفى - المرجع السابق - ص ٤٢٣ .

أما إذا كان الضرر الذي ينجم عن الخطر ضئيلا فإنه يخرج من نطاق هذا الشرط وبالتالي تخرج الواقعة بالسكينة عن نطاق حالة الضرورة ، ولا يجوز حينئذ الأعفاء من المسؤولية (١) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض : « بأنه لا يعفى من المسؤولية من كان صغير السن ، واشترك في جريمة إحراز مواد مخدرة مع متهم آخر ، من أهله ، هو مقيم معه ومحتاج إليه ، لأنه ليس في صغر سنه وإقامته مع المتهم الآخر ، وحاجته إليه ما يجعل حياته في خطر جسيم لولم يشترك مع هذا المتهم في إحراز المواد المخدرة (٢) » .

٢٣٧ - وفي قضية أخرى مماثلة تتلخص وقائعها في أن متهما قاصرا أحرز مواد ، مخدرة وحكم بإدائته ، فطعن في الحكم بالنقض على أساس أن سلطة والده تجعله في حالة إكراه معنوي ، فرفضت محكمة النقض هذا الطعن وأيدت حكم الإدانة ، وجاء في أسباب حكمها « أنه لا يجوز للمتهم الناصر أن يعتذر عن جريمة ارتكبتها بأنه مكره على ارتكابها بأمر والده » (٣) .

وهو قضاء حكيم فليس في هذه الواقعة أي أثر للخطر الجسيم الذي يهدد القاصر .

على أنه يجب - في رأينا - التشدد في معنى الخطر الجسيم حتى لا تضيق كل قيمة قانونية للنصوص التشريعية .

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣٢٩ رقم ٣٣٢ .

(٢) نقض ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٩ . مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ٣٤٤ - ص ٣٩١ .

(٣) نقض ٢١ يناير ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٣٢١ ص ٤١٤ . كما أن الزوجة لا تعتبر في حالة إكراه بالنسبة لزوجها الذي سلمها المخدر عن رويته رجال البوليس ، نقض ١٤ نوفمبر ١٩٥٥ مجموعة الأحكام س ٦ رقم ٣٨٩ . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن الشخص الذي يستغل غابة لقطع الأشجار لا يكون في حالة خطر جسيم إذا اتفق مع الاشقياء الذين يختبئون في هذه الغابة لكي يكفوا عن اذى عمالة ولا يعتبر مكرها على الاتفاق مع هؤلاء الاشقياء ولا يعتبر ذلك من العقاب عن جريمة أخفاء الجناه فلا يستفيد من نص المادة ٦٤ عقوبات فرنسي « لأن التهديد الذي يزعمه صاحب العمل لم يكن على درجة كافية لأن يسلبه إرادته (نقض فرنسي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٠ سري ١٩٠٣ - ١ - ٥٤) » .

فلو أننا أخذنا بأن سلطة ولي الأمر تحمل - حتى في بعض الصور - معنى الخطر الجسيم الذى يصح التمسك بناء عليه - بقيام حالة الضرورة لأدى بنا الأمر الى اهدار كل نصوص قانون العقوبات ، ولكان ذلك مندوحة الى كل من تسول له نفسه ارتكاب جريمة ما أن يختفى هو وراء أبنة القاصر - أو أى قاصر آخر يدعى أنه يقيم معه وينفق عليه - ثم يرتكب من الجرائم ما يهدم بناء المجتمع ويقوضه من أساسه وهو فى مأمن من العقاب . اذ ما على هذا القاصر الا أن يدعى أنه فى حالة اكراه معنوى أو فى حالة ضرورة لكى يتجاوز المجتمع عن عقابه .

فالصورة الأولى اكراه معنوى والثانية حالة ضرورة (١) كما أن كثيرا من التشريعات لا تفرق بينهما خصوصا فى مصر وفى فرنسا وفى بلجيكا .

واذن فانه يجب فى رأينا - أن يكون المعيار فى كل من الحالتين معيارا واحدا - هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان ما ذهب اليه الأستاذ برنس من وجوب قياس حالة الضرورة على أساس المعيار الموضوعى أمر غير مسلم له من كثير من الشراح . اذ أنه مما لا شك فيه أن الضرورة لها تأثير كبير على نفسية الفاعل فهو يتصرف فى هذه الحالة بناء على ما يعتل فى ذهنه من عوامل نفسية تنعكس على السلوك الذى يختاره فى مثل هذه الظروف .

معيار الضرورة :

٢٣٨ - ذهب البعض (٢) الى التفرقة بين الاكراه المعنوى وبين حالة الضرورة فى تحديد المعيار الذى يقاس به كل منهما . ففى حالة الاكراه المعنوى يتعين تقدير الجانب النفسى لدى المكروه والضعف الشديد أو عدم التحمل الظاهر لديه . فى حين أن حالة الضرورة لا تتطلب الا موازنة قانونية بين الحقوق والمصالح المتعارضة .

ومن رأينا أن هذه التفرقة لا أساس لها من الواقع ولا سند لها من القانون ذلك أن الاكراه المعنوى والضرورة يحدثان تأثيرا يكاد يكون واحدا فى نفس الجانى . فمن الناحية العملية يستوى التهديد بالقتل عند

(١) سوف نتناول هذه الفكرة بشئ من التفصيل فيما بعد .

Prins, op. cit , No. 433, p. 263.

(٢)

عدم ارتكاب الجريمة أو الاشراف على خطر الموت عند عدم ارتكابها •
فالواقع يؤكد أن الحالتين لهما نفس التأثير على نفسية الفاعل (١) •

كما أن كثيرا من التشريعات لا تفرق بينهما خصوصا قانون العقوبات
المصرى والفرنسى والبلجيكي • واذن فانه يجب أن يكون المعيار في كل من
الحالين معيارا واحدا •

وبناء على ذلك ونظرا لأهمية العامل النفسى لدى كل من المكره والمضطّر
فإن المعيار الذى يجب أن تقاس به الضرورة بمعناها الواسع هو المعيار
الشخصى الذى من شأنه أن يأخذ القاضى بعين الاعتبار — فى تحديد طبيعة
خطر الضرورة — الاعتقاد الذى قام فى ذهن الفاعل لحظة ارتكاب الجريمة
والعوامل التى بنى على أساسها هذا الاعتقاد (٢) •

ومع ذلك كله فالأصل فى خطر الضرورة أن يكون خطرا يقينا • غير
أن هذا اليقين ليس هو اليقين فى الواقع ونفس الأمر • وإنما هو اليقين
فى ذهن الفاعل • وحسب اعتقاده المبني على أسباب معقولة كما هو واضح
تماما من المعيار الذى يجب الاعتماد عليه فى قياس خطر الضرورة (٣) •

الخطر البتورى :

٣٣٩ — ولكن لو أن الشخص الذى أحاطت به ظروف معينة اعتقد فى
ذهنه اعتقادا مبنيًا على أسباب معقولة أن هذه الظروف تهدده بخطر جسيم
فتخلص من هذا الخطر الذى نصوره بفعل يجرمه القانون ؛ فهل مثل هذا
الشخص يستفيد بأحكام الضرورة ؟ إذا ثبت أن الخطر كان مجرد تصور
فى ذهنه دون أن يكون له وجود فى الواقع ونفس الأمر ؟

(١) وهو ما عليه الشراح وأحكام القضاء • وقد أكد فوربيه أن حالة
الضرورة أزمة نفسية يمر بها الشخص ولا يمكن أن يطلب منه أن يتصرف
بعيدا عن هذه الظروف المحيطة : فورية المرجع السابق ص ٣٣٣ •

(٢) وهذا ما عليه غالبية الشراح فى الوقت الحاضر •

(٣) فوربيه — المرجع السابق ص ٣٣٢ رقم ٥٠٣ ولقد بلغ من حد
التسليم بهذه الفكرة أن صرحت بها بعض التشريعات مثل قانون العقوبات
البرازيلى الصادر سنة ١٨٣٠ فى المادة ١٤ منه •

(٤) جودى المرجع السابق ص ١٣٦ — على راشد — المرجع السابق
٥٦١ — القللى — المرجع السابق ص ٤٣٨ عبد الميمن المرجع السابق ص
١٩٠ — ١٩١ •

يقول أستاذنا الدكتور محمود محمود مصطفى « الأصل أن يكون الخطر حقيقيا • ولكن طبقا للقواعد العامة في الغلط يصح أن يكون الخطر الوهمي (١) سببا للاعفاء من المسؤولية متى كانت هناك أسباب معقولة تدعو الشخص المتوسط الى الاعتقاد بقيام الخطر (٢) •

وعلى القاضي في هذه المسألة الحرجة أن يزن الأمور بثبات وروية • فيتأكد من حسن نية الفاعل • ومن دلالة الظروف المحيطة به على معنى الخطر الذي قام بذهنه • ولاشك أن مهمة القاضي هنا شاقة وعسيرة (٣) •

الشرط الثاني : أن يكون الخطر حالا :

٤٤٠ - يشترط فقهاء الشريعة من أجل اباحة المحظورات للمضطر أن يكون الخطر الذي يهدده خطرا حالا ، فلا تقوم الضرورة بالنسبة لخطر لا يتبع في الحال ، ولعل في قوله تعالى « فمن اضطر غير باغ ولا عاد » ، إشارة الى اشتراط حلول الخطر حتى تباح المحرمات بناء عليه اذ قوله تعالى : « غير باغ » يتضمن أن الذي يرتكب المحرم من أجل خطر غير موجود يعتبر باغيا ومتعديا حدود الله عز وجل - يقول الحافظ ابن كثير رحمة الله في قوله تعالى « غير باغ » أى فى أكلة أن يتعدى حالا الى حرام وهو يجد مندوحة (٤) الأمر الذى يوجب القول بحلول الخطر والا فهو يجد عنه مندوجه متى كان غير حال (٥) •

(١) الوهم هم ادراك الطرف المرجوح - اما الظن فهو ادراك الطرف الراجح ونظرا لان الفاعل تصور وجود خطر بناء على أسباب فى ذهنه . فقد لا نستطيع ان نسمى ذلك وهما ولهذا فقد اثرنا عبارة الخطر التصورى .
(٢) المرجع السابق ص ٤٥٢ •

(٣) محكمة ليبيج فى حكمها الصادر فى ٧ يوليو سنة ١٩٤١ حيث خالفت تقرير الخبير الذى ال قفيه : ان سائق السيارة كان فى امكانه مفاداة الخطر بدون حاجة الى مخالفة القانون .

وسببت المحكمة قضاءها باعفاء السائق من العقاب بأن الظروف التى أحاطت به قد حالت بينه وبين ما جاء فى تقرير الخبير . ولأنه لم يكن فى امكانه ان يتوقع مستقبلا بما قد يستجد أمامه من ظروف وملابسات . كما ان تقرير الخبير جاء بعد تجريد الحادث من الظروف التى وقعت بها .
(مشار اليه فى فورييه - المرجع السابق - ص ٢٧٧ رقم ٤٢٧) •

(٤) تفسير ابن كثير ج ١ ص ٢٠٥ •

(٥) فى هذا المعنى حاشية الصاوى على الجلالين ج ١ ص ٧٣ تفسير القرطبي ص ٦٠٣ - ٦٠٤ . وقريب من ذلك : فى ظلال القرآن ج ١ ص ١٥٧ •

هذا وقد اشترط الفقهاء في الاكراه المعنوى المبرر لارتكاب المخالفة أن يكون التهديد بأمر حال يوشك أن يقع عند عدم الاستجابة . وفي هذا يقول صاحب الدر المختار مبينا - أن الشرط الثانى من شروط الاكراه « ظن المكره بالفتح (ايقاعه) أى ايقاع ما هدد به فى الحال بغلبة ظنه ليصير ملجئا (١) أى أن الاكراه لا يصير ملجئا الا اذا كان التهديد بالقتل سينفذ حالا عند عدم استجابة هذا الشخص الى ما اكراه عليه . وبناء على ذلك فان كان الوعيد غير حال فليس ثمة اكراه . لأن المكره لديه من الوقت ما يسمح له بحماية نفسه ولأنه ليس فى الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة . وارتكاب الفعل (٢) .

٢٤١ - وفى عبارة صاحب الدر ما يؤكد أن المعيار فى حلول الخطر أو عدم حلوله هو نفس المعيار الشخصى المأخوذ به فى قياس الضرورة بصفة عامة فالمدار على القول بأن الخطر حال هو ظن المكره وقد فسر ذلك صاحب الدر بأن المراد غلبة الظن أى الظن الراجح « المبني على أسباب معقولة » (٣) .

الخطر المستقبل لا يعتبر ضرورة :

٢٤٢ - وبناء على ما تقدم فان الخطر المستقبل لا يبيح محرما ولا يرفع اثما لأنه قد يقع وقد لا يقع . وعلى المؤمن أن يسلك الأسباب التى أمر الله تبارك وتعالى بسلوكها . ويترك المستقبل لله عز وجل . هذا من ناحية القواعد العامة .

أما من ناحية النصوص فان الضرورة فى معناها تحمل الخطر الحال الذى هو على وشك الوقوع . ولذلك فان قول الله تبارك وتعالى « فمن اضطر » معناه فى هذا الصدد من أحاطت به ظروف تجعله مهددا بخطر أن لم يفعل . وهذا هو بعينه حلول الخطر .

٢٤٣ - ومع ذلك فقد جاء فى كشف الأسرار ما يعتبر زيادة فى إيضاح شرط الحلول ويبان أن الخطر المستقبل لا يتحقق معه معنى الاجاء والاضطرار، حيث يقول « أن يصير خائفا على نفسه من جهة المكيدة فى ايقاع ما هدد به عاجلا لانه لا يصير ملجئا محمولا عليه طبعاً الا بذلك (٤) .

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج ٥ ص ١٠٩ .

(٢) التشريع الجنائى الإسلامى - المرجع السابق ص ٥٦٧ .

(٣) المرجع السابق - نفى الموضع .

(٤) كشف الأسرار ج ٤ ص ١٥٠٢ .

ومعنى عبارة محمولا عليه طبعا : أن الانسان بطبيعته لا يصير مضطرا
الا اذا كان الخطر يهدده في الحال ، والا فلا يعتبر كذلك بطبيعته ونظرا لهذا
فاننا ندرك السر في أن الفقهاء لم يحاولوا اطالة القول في مثل هذا الشرط
لأنه من المسلمات التي هي في ذاتها غنية عن البيان .

موقف القانون من هذا الشرط :

٢٤٤ - ينص قانون العقوبات المصرى على هذا الشرط صراحة في مادته
الحادية والستين . وحلول الخطر قد يراد به بدء وقوع الخطر فعلا (١) .
كما اذا اشتعلت النيران في منزل فاضطر أحد المارة الى كسر الباب
لانتفاذ من بداخله (٢) . وقد يراد به أنه على وشك الوقوع . وذلك كمن
يهدد شخصا بالقتل ان لم يرتكب عملا يحرمه القانون .

الخطر المستقبل :

٢٤٥ - وعلى ذلك فان الخطر المستقبل لا يعتبر سببا في قيام حالة
الضرورة ، ولا يبرر ارتكاب الفعل المكون للجريمة (٣) لأنه قد لا يقع . أو
قد يمكن تفاديه بوسائل أخرى (٤) . وحينئذ فلا قيام لحالة الضرورة مع
الخطر المستقبل حتى ولو كان قريب الوقوع (٥) .

ومن باب أولى اذا كان بعيد الوقوع . فمن يهدده غيره بالقتل عندما
يعود من رحلة ان لم يرتكب فعلا مكونا لجريمة . فانه لا يعتبر ازاء خطر
حال (٦) .

(١) القللى - المرجع السابق ص ٤٣٩ - السعيد مصطفى - المرجع
السابق ص ٤٥٢ . محمود مصطفى المرجع السابق ص ٣٢٩ - على راشد
المرجع السابق ص ٥٦٠ - ٥٦١ . عبد المهيم - المرجع السابق ص ١٩١ .
ادوارد توفيق - المرجع السابق ص ١٨ . جرانمولان - المرجع السابق ج
٢ ص ١٣٦ . جودى - المرجع السابق ج ١ ص ١٣٦ .

(٢) فورييه - المرجع السابق - ص ٣٣١ رقم ٥٠١ .

(٣) المراجع المشار اليها في الهامش رقم ٢ من الصفحة السابقة .

(٤) السعيد مصطفى - المرجع السابق - ص ٤٥٠ - عبد المهيم -

المرجع السابق ص ١٩١ .

(٥) على راشد - المرجع السابق ص ٥٦٠ - ٦٥١ رقم ٦٠٢ .

(٦) محمود ابراهيم اسماعيل - المرجع السابق - ص ٥١١ - ٥١٢ .

وتقدير حلول الخطر أو عدم حلوله هو من الأمور الموضوعية المتعلقة
بوقائع الدعوى - كما هو الحال بالنسبة لشرط جسامه الخطر - فالأمر في
هذه المسألة متروك لقاضى الموضوع • بيد أن القاضى مطلوب منه أن يتخذ
في تقديره المعيار الشخصى أو الاعتبارى كما يسميه بعض الشراح (١) •
واذن فعلى القاضى أن ينظر الى حالة الجانى وظروفه الخاصة والملابسات
التي وجد فيها والتي جعلته يعتقد حلول الخطر فتصرف على هذا
الأساس • وعموما فإن عليه أن يضع نفسه في موقفه وقيس بمقياس
مراعى هذه الظروف مجتمعة (٢) •

(١) الدكتور على راشد - المرجع السابق - ص ٦١ هـ •

(٢) الدكتور على راشد - المرجع السابق - نفس الموضع •

(٣ م - ١٣ - نظرية الضرورة في الفقه الجنائى)

الفصل الثالث

في

محل الضرورة

٢٤٦ — بينا فيما سبق أنه يشترط في الخطر المشيء لحالة الضرورة أن يكون خطرا جسيما حالا • ولكن هل يشترط في الخطر أن يكون متعلقا بالنفس ؟ أم ان حالة الضرورة تقوم سواء كان الخطر مهددا للنفس أو مهددا للمال ؟

للإجابة على هذا التساؤل يمكننا أن نبين باديء ذي بدء أن موقف الشريعة الإسلامية من هذا الموضوع في غاية الوضوح الأمر الذي لم يثر بشأنه خلاف يذكر بين الفقهاء • ولذلك فأننا لا نستغرق اذا رأينا أن دراسة محل الضرورة — أو محل الخطر — في الفقه الإسلامي لا تحتاج الى شيء من التفصيلات التي قد نجد أنفسنا مضطرين اليها في دراسة هذا الموضوع في القانون الوضعي •

أولا — محل الضرورة في الفقه الإسلامي

٢٤٧ — اذا ما رجعنا الى نصوص كتاب الله عز وجل الخاصة بالضرورة التي سبق أن أشرنا اليها أمكننا أن نقول : ان هذه الآيات المباركات لم تشر الى محل الضرورة • بمعنى أنها نصوص عامة تستثنى الضرورة دون أن تشير الى كون هذه الضرورة متعلقة بالنفس أو بالمال • مما يوجب القول بالعموم •

ولكننا مع ذلك نرى أن قوله تعالى « فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم » قد يفهم منه بطريق الاشارة أن النفس هي محل الضرورة في هذه الآية لأن المخمصة لا يتصور تعلقها الا بالنفس •

وأیضا فان قوله تعالى « فمن اضطر غير باغ ولا عاد » رغم أنه في مواضعه المختلفة^(١) جاء خاليامن القيد السابق الا اننا نرى — والله أعلم — ان

(١) سورة البقرة الآية رقم ١٧٣ وسور الانعام الآية رقم ١٤٥ وسورة

النحل الآية رقم ١١٥ •

مجىء النص المبارك بعد ذكر المطعومات المحرمة قد يفهم منه بعض التخصيص ولكن هذا التخصيص الضمني لا يقطع بكونها مقصورة على المحرمات المذكورة . بل يمكن القول بناء عليها أن استثناء حالات الضرورة يسرى الى جميع المحرمات .

٢٤٨ - اما قول الله تبارك وتعالى « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » فانه يدل دلالة أكيدة على ان نظرية الضرورة واجبة التطبيق على سائر المحرمات .

وبيان ذلك ان الله تبارك وتعالى فصل لعباده ما حرم عليهم سواء في ذلك ما يتعلق بالانفس أو بالأموال (١) . ثم استثنى سبحانه ما تدعو اليه الضرورة من غير اثم وبلا عدوان . فأى انسان يضطر الى تناول شيء محرم يباح له تناوله اذا توافرت شروط الاباحة ومثل ذلك يقال بالنسبة لجرائم الأموال . بمعنى أن الاضطرار الى حماية المال من التلف يدخل في مضمون هذه الآية اذا توافرت شروط الضرورة . لأن الله تعالى قد أطلق الاباحة فيها بوجود الضرورة فاقتضى ذلك وجود الاباحة بوجود الضرورة في كل حال وجدت الضرورة فيها .

٢٤٩ - وهكذا فالشريعة تحافظ على الانفس وعلى الأموال وسائر الحقوق من أى خطر تتعرض له . فحيثما أمكن تفادى الخطر وجب تفاديه بشروطه وضوابطه . سواء كان خطرا متعلقا بالنفس أو خطرا متعلقا بالمال .

وقد ذكر الامام عز الدين بن عبد السلام هذا الموضوع باعتباره قاعدة من القواعد الشرعية التى تحقق مصالح العباد فى الجملة . فتكلم رحمه الله عن حفظ بعض الأموال بتفويت بعضها . وساق أمثلة على ذلك فقال « كنعيب أموال اليتامى والسفهاء وأموال المصالح اذا خيف عليها الغضب . فان

(١) فى الحديث الصحيح الذى بلغ حد الشهرة والاستفاضة بل والتواتر قوله صلى الله عليه وسلم « ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا » (صحيح البخارى ج ٣ ص ٥٢ - ٥٣ طبعة ١٩٤٦ هـ وعلى ذلك فانه عز وجل قد فصل المحرمات سواء فى ذلك ما يتعلق بالانفس أو بالأموال أو بالأعراض . ولكننا لم نشر الى الاعراض لأن الضرورة قلما تعمل فيها حيث لا يتصور ذلك الا فى أمثلة نادرة . نتكلم عنها فى موضعها . ومن هذه الأمثلة النادرة الدفاع عن العرض . اكراه المرأة على الفاحشة .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٢٦ .

حفظها قد صار بتعيينها فاشبه فعل الخضر عليه السلام مثل ذلك لما خاف على السفينة الغصب فخرقها ليزهد غاصبها في أخذها (١) .

٢٥٠ — وقد ساق الفقهاء أمثلة كثيرة للخطر المتعلق بالأموال مما يستوجب التضحية بجزء منها انقاذاً لبقيتها . ونكتفى بالأمثلة الآتية : —

أ — القاء جزء من حمولة السفينة لانقاذ الشحنة من الفرق (٢) وانقاذ السفينة أيضاً .

وقد روى القرافي عن مالك (٣) أنه في حالة القاء بعض امتعة الركاب لانقاذ بقية الأمتعة : أن قيمة المتاع المطروح توزع على جميع المالكين للامتعة المشحونة في السفينة « لأنهم صانوا بالمطروح مالههم والعدل عدم اختصاص أحدهم بالمطروح . اذ ليس أحدهم بأولى من الآخر (٤) » .

(ب) شخص تسلق جداراً لاطفاء حريق وقع في المنزل فانهدم بتسلقه شيء من الجدار لم يضمن لأن ضرب الحريق عام فكان له دفعه (٥) .

(ج) وجوب انقاذ الحيوان — المتقوم — يبذل ما ينقذه كالأدمى المحترم . وان كان هذا الحيوان للغير ملكاً أو اختصاصاً ثم أن ذكر عوضاً (٦) رجع به على صاحبه والا فلا (٧) .

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج ١ ص ٩٢ طبعة ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ م وما فعله الخضر عليه السلام هو المنصوص عليه في قوله الله تبارك وتعالى « فانطلقا حتى اذا ركبا في السفينة خرقها قال اخرقتها لتفرق اهلها لقد جئت شيئا امرا » وفي قوله تعالى : « أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر فاردت ان اعييها وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا . يقول القرطبي في تفسيره « في خرق السفينة دليل على ان اللولى ان يتقص مال اليتيم اذا رآه صلاحاً مثل ان يخاف على ريعه ظالماً فيخرب بعضه .. وأمرامعناه عجبا .. ولما كان ذلك الملك يأخذ كل سفينة جيدة .. غصبا . فلذلك عيها الخضر وخرقها — وفي هذا من الفقه : العمل بالمصالح اذا تحقق وجهها . وجواز اصلاح كل المال بافساد بعضه (ص ٤٠٥٨ ثم ٤٠٧٥) .

(٢) اسنى المطالب ج ٤ ص ٧٩ طبعة ١٣١٣ (الميمنية) .

(٣) اى ان القرافي رحمة الله أسند ذلك القول في كتابه الى الإمام مالك رحمة الله .

(٤) الفروق ج ٤ ص ٩ الفرق الخامس بعد المائتين . صبعة ١٣٠٢ هـ .

(٥) الدر المختار ج ٥ ص ١٧٣ هامش حاشة ابن عابدين .

(٦) اى لو ان المتدخل للانقاذ أشار الى انه يحتفظ بحقه في التعويض

كان له حق الرجوع به على مالك الحيوان .

(٧) اسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٣ .

ومعنى ذلك أن الشريعة توجب انقاذ الأموال والمحافظة عليها لا سيما إذا كان حيوانا حتى المملوك للغير - يجب انقاذه من الهلاك والتلف مع ملاحظة أن الذى يقوم بالانقاذ اذا أعلن أنه يقوم بالانقاذ مع اثبات حقه فى التعويض كان له ذلك • وإن لم يذكر شيئا عن التعويض بل قام بالانقاذ دون أن يذكر شيئا عن التعويض بل قام بالانقاذ دون أن يذكر شيئا فانه يعتبر متبرعا وبالتالي فليس له حق تعويض ما تكلفه فى سبيل الانقاذ •

٢٥١ - والحق أن هذا الموضوع غنى بذاته عن أى دليل أو برهان • فقد سبق ان بينا أنه من القواعد العامة فى الفقه الاسلامى تلك القاعدة التى تقول « يرتكب اخف الضررين لاتقاء اشدهما » •

وقد رأينا فيما تقدم أن مصدر هذه القاعدة قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » •

٢٥٢ - وبناء على ذلك فان مبدأ ازالة الضرر المأخوذ من هذا الحديث الشريف يكفى بذاته للقول بأن نظرية الضرورة يمتد نطاقها ليشمل حالات الاضطرار الى المحافظة على الأموال • وانه عند تعذر انقاذ كل المال يجوز •• اتلاف بعضه انقاذ المجموعه ؛ تطبيقيا لقاعدة ارتكاب أخف الضررين تجنباً لأشدهما •

وهذا الوضوح أغنانا عن أى تفصيل بعد ذلك •

والله ولى التوفيق • ،،،

ويلاحظ أخيرا ان فقهاء الشريعة لا يفرقون فى أحكام الضرورة بين نفس الفاعل ونفس الغير • ولا بين مال الفاعل ومال الغير (١) •

٢٥٣ - جعلت ٦١ من قانون العقوبات المصرى حكم حالة الضرورة مقصورا على الخطر الجسيم الذى يهدد النفس فقط (٢) •

(١) بل لقد ذهب فقهاء الملكية الى تضمين القادر على انقاذ مال الغير من التلف ، ولم يفعل ذلك قصدا • الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ١١٠ - ١١١ طبع المكتبة التجارية •

(٢) وقد كانت المادة ٦٥ من قانون سنة ١٨٨٣ تنص على أنه « اذا اكره المتهم على فعل جنائية أو جنحة بقوة لا يستطيع مقاومتها فلا يعد ما وقع منه جنائية أو جنحة »

ولذلك فإن الشراح في مصر يذكرون أنه من شروط الاعفاء من العقاب المنصوص عليه في المادة ٦٩ ع ٥٠ أن يكون الخطر مهددا للنفس . فإذا كان مهددا للمال فإنه لا يبرر الاعفاء من العقاب .

غير أن الشراح يتوسعون في معنى كلمة النفس الواردة في النص المذكور ليشمل كل خطر يهدد الانسان في حياته أو في سلامة جسمه أو حتى في حريته وعرضه (١) .

فلو أن شخصا انغلق عليه باب بقوة قاهرة أو بحادث مفاجيء ولم يجد وسيلة للخلاص الا بكسر الباب ففعل فلا مسئولية عليه . كذلك لا مسئولية على من هجم عليه جماعة من اللصوص وجردوه من ثيابه فمد يده الى رداء الغير ليستر نفسه به (٢) .

٢٥٤ - ويستوى في كل ما تقدم أن يكون الخطر متعلقا بنفس الفاعل أو بنفس الغير . وصراحة النص تقتطع كل شك حول هذه المسألة حيث

وهو كما هو ظاهر مستمد مباشرة من نص المادة ٦٤ من قانون العقوبات الفرنسي .

وفي سنة ١٩٠٤ نقل قانون العقوبات المصري حالة الضرورة من القانون الابطالي فجاء نص المادة ٥٦ ع . مصري على النحو الاتي :
لا عقاب على من ارتكب جريمة الجأته الى ارتكابها ضرورة وقاية لنفسه او غيره من خطر جسيم على النفس ... الخ . وهو نص المادة ٦١ من قانون العقوبات المصري الحالي .

(١) القلبي - المرجع السابق - ص ٤٣٥ - على راشد المرجع السابق ص ٥٥٨ رقم ٦٠٠ - محمود مصطفى المرجع السابق ص ٣٢٧ رقم ٣٣١ - محمود ابراهيم - المرجع السابق ص ٥١٠ .

(٢) القلبي - المرجع السابق - ص ٤٣٥ - على راشد - المرجع السابق ص ٥٥٩ وهذا وقد اختلف الشراح في الخطر الماس بالشرف والاعتبار : هل تنطبق عليه احكام الضرورة ام لا ؟ ذهب بعض الشراح الى أن الفتاة التي تحمل سفاحا قد تعتبر في حالة خطر يهددها في سمعتها وشرفها . ولكن هذا القول لا يمكن التسليم به لانها تسببت في حلول الخطر بها . والقانون يشترط صراحة الا يكون للجاني دخل في حلول الخطر .

ولذلك فقد عدلنا عن ذكر هذه المسألة في المتن . لعدم جدوى النقاش حولها بالنسبة لاحكام الضرورة . نعم قد يكون لهذا الخلاف أهمية بالغة بالنسبة لحالة الدفاع الشرعي باعتباره ضرورة من نوع خاص - ولذلك فقد تناولنا هذه المسألة بالتفصيل في رسالتنا المقدمة : نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الاسلامي والقانون الجنائي الوضعي ص ١٠٠ - ١٠٣ ثم ص ١٠٥ - ١١٠ طبعة ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م

يقول « ٠٠ ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ٠٠٠ ولم يخصص الشارع هذا الغير بسأى تحديد (١) . بعكس بعض التشريعات الأخرى التى نصت صراحة على أن يكون الخطر ماسا بنفس الفاعل أو أحد اقاربه » (٢) .

وعلى ذلك فلامسئولية على الطبيب الذى يسقط امرأة لانقاذ حياتها (٣) أو رجل المظافى الذى يهدم حائطا أو يكسر بابا فى سبيل انقاذ من بداخله من الحريق (٤) .

فهما كان ذلك الغير وأيا كانت صلته بالجانى بل حتى ولو لم تكن بينه وبين الجانى سابق معرفة (٥) فإن ذلك لا يمنع من تطبيق المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى .

واذا كنا لا نشك « فى سلامة استبعاد الخطر على المال من حكم الضرورة اذا كانت وقايته تتطلب اعتداء على نفس الغير ، اذ لا يجوز تضحية النفس فى سبيل المال (٦) فانه يبدو من غير المقبول عدم الاعتداد بالخطر على المال . اذا كانت وقايته تتطلب التضحية بمال أقل منه فى القيمة (٧) فمنطق المادة (٦١ ع م) تخرج مثل هذا الخطر من نطاق نظرية حالة الضرورة مهما بلغت فداحة الخسائر . وهذا قصور كبير فى النص قد يتناقض مع المصلحة العامة (٨) . ذلك أنه كثيرا ما تترتب عليه نتائج شاذة (٩) .

-
- (١) الدكتور محمد مصطفى القللى - المرجع السابق ص ٤٣٦ .
(٢) المادة ٥٤ من قانون العقوبات الالمانى الصادر سنة ١٨٧٠ - تراجع الترجمة الفرنسية لهذه المادة فى رسالة الدكتور ادوارد توفيق - رسالة باريس - المشار اليها ص ١٣
(٣) الدكتور محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣٢٧ رقم ٣٣١ =
- الدكتور على راشد المرجع السابق ص ٥٥٩ .
(٤) المرجع السابق - نفس الموضع . وفى هذا المعنى الاستاذ محمود .. ابراهيم اسماعيل - المرجع السابق ص ٥١٠ .
(٥) الدكتور عبد المهيم بكر سالم - المرجع السابق ص ١٨٩ .
(٦) الدكتور المهيم بكر سالم - المرجع السابق ص ١٩٠ .
(٧) الدكتور محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣٢٨ .
(٨) الدكتور محمد مصطفى القللى - المرجع السابق ص ٤٣٦ .
(٩) الدكتور على راشد - المرجع السابق - ص ٥٥٣ - ٥٦٠ .

مثال ذلك ما اذا شبت النار في مال شخص فاضطر لاختمادها • الى أن يتلف مالا لآخر أو يأخذ ماء من صهريج لآخر^(١) أو ما اذا كان أوشك مركب تجارى كبير محمل بالبضائع على الغرق في عرض البحر • وتمكن البحار جميعهم من النجاة في قوارب معدة لذلك أو بوسائل أخرى ولم يبق عرضة للهلاك الا المركب وما عليه من البضائع وكان في امكان الربان أن ينقذه وبعض حمولته لو أنه قذف في البحر بجانب فقط من هذه الحمولة^(٢) فمن الشذوذ أن يعاقب الفاعل في أى من هاتين الصورتين - وما مائلهما - بل أن الربان في المثال الأخير يعتبر في الواقع قد قام بعمل يستحق التقدير لأنه انقذ السفينه مع ما أمكن انقاذه من البضائع ، وذلك خير من ضياع السفينه بما عليها •

٢٥٥ - هذا فضلا عن أن مسلك القانون المصرى لا يستقيم مع كونه يعترف بقيام حالة الضرورة عندما يكون الخطر مهددا لنفس الغير أيا كان وبغض النظر عن الصلة التى تربطه بالجاني • واذن فلا معنى لتقرير حكم مخالف اذا كان الخطر مهددا للمال، وكان في الامكان تقاذه بأقل خسارة ممكنة بالقياس الى قيمة المال المراد انقاذه^(٣) •

وأخيرا فانه من الممكن أن تتسع فكرة جريمة الضرورة بحيث تشمل منع الخطر المحدق بالمال ، كما فعل القانون المصرى نفسه بجمالة الدفاع الشرعى^(٤) وهى تفرقة لآساس لها في الواقع ونفس الأمر، وانما مردها الى مسلك الشارع المصرى من الناحية الوضعية ليس^(٥) الا كما سنرى ذلك في موضعة •

محل الضرورة في القانون المقارن :

٢٥٦ - هذا ويلاحظ أن مسلك القانون المصرى يخالف ما عليه معظم التشريعات في كثير من دول العالم : التى سوت بين الخطر الذى يهدد النفس والخطر الذى يهدد المال •

(١) الدكتور محمود مصطفى - المرجع السابق - نفس الموضع •
(٢) على زكى العرابى باشا - المرجع السابق - ص ٩٥ - ٩٦ - الدكتور على راشد - المرجع السابق ص ٥٦ •
(٣) الدكتور على راشد - المرجع السابق ص ٥٦ •
(٤) راجع للمؤلف : نظرية الدفاع الشرعى في الفقه الجنائى الاسلامى ص ١٣٢ وما بعدها - وعلى الاخص ص ١٤٠ - ١٤٤ •
(٥) على راشد - المرجع السابق نفس الموضع هامش ٢ •

ومن هذه التشريعات قانون العقوبات السويسرى الصادر سنة ١٩٣٨ فى المادة ٣٤ منه . والقانون الصينى الصادر سنة ١٩١٢ والذى أعيد تنقيحه سنة ١٩٢٨ حيث نص فى المادة ٣٧ منه على التسوية بين الخطر المهدد للنفس والخطر المهدد للمال سواء كان مملوكا للفاعل أو لغيره . والقانون الروسى الصادر سنة ١٩٢٦ فى المادة ١٣ منه . والقانون الدانماركى الصادر سنة ١٩٣٠ فى المادة ١٤ منه والقانون الاسبانى الصادر سنة ١٩٢٨ فى مادته الستين (١) .

أما القانون الفرنسى فعلى الرغم من أن نص المادة ٦٤ ع فرنسى لم يتكلم صراحة عن حالة الضرورة فإن الشراح هنالك توسعوا فى مدلول كلمة اكرأة الواردة فى هذا القانون — كما سبق أن أشرنا — بحيث لم يفرقوا بين الخطر المهدد للنفس والخطر المهدد للمال .

ونظرا لذلك كله فإن مشروع قانون العقوبات الذى وضع فى مصر سنة ١٩٦٦ نص على أن حكم حالة الضرورة يسرى على الخطر المهدد للنفس وكذلك الخطر المهدد للمال . وذلك فى المادة ٣٦ من هذا المشروع .

والآن وبعد أن صدر الدستور المصرى سنة ١٩٧١ الذى نص صراحة على أن الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع . ثم بعد التعديل الدستورى الأخير سنة ١٩٧٩ م الذى نص على أن الشريعة الاسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع فائنا بعد ذلك كله تتوجه الى الله العلى القدير أن يوفق لجان التقنين التى عهد اليها بصياغة نصوص القوانين المصرية أخذا من أحكام الشريعة الاسلامية . وعلى وجه الخصوص لجنة العقوبات فى أن تسرع فى اخراج قانون العقوبات الاسلامى الذى تتلهم الجماهير المؤمنة الى ظهوره والله الموفق والمستعان .

(١) فورييه - المرجع السابق ص ١٦٥ رقم ٢٧٥ .

(٢) جودبى - المرجع السابق ج ٢ ص ١٣٦ . دونديه على فايز -

المرجع السابق ص ٢٢٤ .

وقد نص مشروع قانون العقوبات الفرنسى الجديد على حالة الضرورة صراحة وعلى أنها تشمل الخطر المهدد للنفس والخطر المهدد للمال وذلك كله فى المادة ١٢٦ من هذا المشروع الفرنسى (تراجع هذه المادة فى رسالة الدكتور ادوارد توفيق بالفرنسية المشار اليها سابقا ص ١١ - ١٢) .

الفصل الرابع

فى

شروط الفعل الذى يدفع به الخطر

٢٥٧ - الفعل الذى يدفع به الخطر هو الفعل اللازم لتقاضى حالة الاضطراب بمعنى أنه الفعل الذى يلجأ اليه المضطر لتيقظ نفسه أو غيره من الخطر الذى يهدده . وهو ما يسميه الشراح « بجريمة الضرورة » .

وقد أثرت التعبير بالفعل الذى يدفع به الخطر . لأن هذا الفعل قد لا يكون جريمة على الاطلاق . كما هو الحال بالنسبة للمريض الذى بلغ به المرض درجة خطيرة، فهو فى حالة ضرورة ولاشك ، غير أن الطبيب الذى يعالج مثل هذا المريض دون أن يلجأ الى دواء محرم ، ودون أن يخالف القانون فإنه فى هذه الحالة يدفع الخطر بفعل مباح . فلا يعقل أن يسمى فعله حينئذ « جريمة ضرورة » بل هو عمل من أعمال الخير والبر لأنه تسبب فى انقاذ نفس من الهلاك دون أن يرتكب عملاً محرماً (١) .

ومن ناحية أخرى فإن الشريعة الاسلامية توجب بعض أفعال فى حالات الضرورة . فلا يتأتى - والبحث فى الشريعة الفراء - أن يسمى هذا الفعل الواجب شرعاً باسم يتناقض تماماً مع هذا الوصف الشرعى .

٢٥٨ - والذى يشترط فى هذا الفعل أن يكون هو الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر - وكونه - الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر يستلزم من ناحية أولى أن يكون هذا الفعل لازماً لدفع الخطر، ويستلزم من ناحية أخرى أن يكون متناسباً مع هذا الخطر . وهكذا يظهر لنا أن شروط الفعل الذى يدفع به الخطر تتلخص فى الشرطين الآتيين :

الأول : أن يكون الفعل لازماً لدفع الخطر - والثانى - أن يكون متناسباً مع هذا الخطر .

(١) على أننا اذا لاحظنا ان القانون الجنائى لا يهتم بالفعل الا اذا كان مجرماً ادر كنا حينئذ ان اطلاق اسم جريمة الضرورة على هذا الفعل له ما يبرره من الناحية القانونية .

٢٥٩ - وقبل تفصيل هذين الشرطين ينبغي التنويه الى انهما شرطان مرتبطان ببعضهما تمام الارتباط كما هو ظاهر من كلامنا في أول هذه الفقرة لدرجة اننا لخصناهما في عبارة واحدة ، هي أن يكون الفعل هو الوسيلة الوحيدة للتخلص من حالة الاضطرار . لكن الفارق بينهما وان كان دقيقا للغاية الا أنه يتركز في أن شرط اللزوم يبحث حالة الاضطرار من حيث لزول الفعل المحرم لازالة خطرهما . فاذا ما ثبت لزوم هذا الفعل وجب البحث في شرط التناسب وهو يتركز في القدر الذي يدفع به الخطر . بحيث اذا تجاوز المضطر هذا القدر كان عاصيا . لأنه اقترب قدرا من المحرمات لا يتناسب مع الخطر المراد تجنبه .

الشرط الاول : ان يكون الفعل لازما لدفع الخطر :

٢٦٠ - يشترط في الفعل الذي يدفع به خطر الضرورة أن يكون هذا الفعل لازما لدفع الخطر . وهو شرط تفرضه القواعد العامة في الفقه الاسلامي .

نعم لم يتكلم فقهاء الشريعة أو علماء التفسير عن هذا الشرط صراحة وبهذا اللفظ المحدد . الا أنه من خلال كلامهم عن الضرورة وخطرهما وتوقف ازالتهما على فعل معين يمكن القول بأنه شرط جوهرى وهام بل هو شرط مفترض دون حاجة الى النص عليه صراحة . ذلك أن الضرورة ذاتها لا يتصور قيامها الا بوجود خطر جسيم يتوقف الانتقاذ منه على فعل معين . حيث يصبح هذا الفعل المعين لازما لتفادى الخطر فان مات المضطر دون أن يفعل ما ينقذه كان آثما ، وان قصر الغير دون أن ينقذه كان آثما كما سيأتى تفصيله في موضعه .

٢٦١ - لكن اذا وجد الخطر الجسيم - وكان هنا لك فعلا ن أمام المضطر احدهما مباح والثانى محرم فان حالة الضرورة على الرغم من قيامها لا تكون متوقفة على فعل محرم . وهنا يكون هذا الفعل المحرم لازما . لوجود فعل آخر مباح يمكن تفادى الخطر بالالتجاء اليه . وهذا مانص عليه الفقهاء في مواطن كثيرة . منها ما قالوه في شأن التداوى بالمحرم .

وأنه لا يجوز الا اذا أخبره طبيب مسلم أن فيه شفاء ولم يجد مباحا يقوم مقامه (١) .

لأنه حين يجد هذا المباح لا يكون التداوى بالمحرم لازما لدفع الخطر حيث أمكن دفعه بأمر مباح . وهو أيضا ما قالوه بالنسبة للمضطر الى تناول الميتة أو غيرها من المحرما . حيث يشترط أن يكون تناول القدر المحرم أمرا لازما لتفادي خطر الهلاك « فمن ظن من الجوع الهلاك أو ظن منه ضعفا يقطعه عن الرفقة (٢) ولم يجد في كل منهما حلالا لزمه أكل الميتة والخنزير ونحوهما من المحرمات وطعام الغير .. (٣) » .

٢٦٢ - وهكذا فالمقصود من هذا الشرط أن يكون الفعل المحرم هو المنفذ الوحيد أمام المضطر للتخلص من الخطر الذي يهدده . فاذا كان أمامه مجال آخر وجب عليه الالتجاء اليه ولا يجوز على الإطلاق أن يسلك طريقا حرمه الله تعالى . حيث يصير في هذه الحالة متجانفا للاثم . وهونص صريح من رب العالمين يحول دون الضرورة ودون أن تحدث أثرها . وقد أشرنا مرات ومرات الى قول الله عز وجل « فمن اضطر في مخصة غير متجانف، لاثم فان الله غفور رحيم » .

ويقول العلامة القرطبي رحمه الله في تفسير قوله تعالى « غير باغ ولا عاد .. » بأن يجد عن هذه المحرمات مندوحة ويأكلها .. فأباح الله في

(١) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٤٣ طبعة ١٢٩٩ هـ . وبهامش الحاشية المذكورة جاءت هذه العبارة على لسان الحصكفي رحمه الله وقد علق عليها ابن عابد رحمه الله بما يؤكد هذا المعنى . ويراجع أيضا حاشية الحموي على الاشياء والتظائر ص ١٠٨ وشرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ١٣٤ طبعة ١٣١٨ هـ . واسنى المطالب ج ١ ص ٥٧١ والمحلّى ج ١١ ص ٣٧٢ .

(٢) لان الضعف الذي يقطعه عن الرفقة سيؤدى الى الهلاك ولانه يسافر في صحراء قاحلة لا نجاة له الا مع رفيقته .

(٣) اسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ - مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٠٦ طبعة ١٣٥٢ هـ ١٩٣٣ م المحلّى ج ١١ ص ٣٤٣ . شرح الزرقاني ج ٣ ص ٢٨ طبعة ١٣٠٣ وحاشية البناني ج ٣ ص ٢٦ نفس الطبعة هامش الكتاب السابق وشرح = / الخرش ج ٣ ص ٣٢٦ طبعة ١٣١٦ هـ وحاشية العدوى عليه نفس الموضوع المشار اليه - مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٣ - ٢٣٤ طبعة ١٣١٨ هـ

حالة الاضطرار أكل المحرمات لعجزه عن جميع المباحات فصار عدم المباح شرطا في استباحة المحرم (١) .

موقف القانون من هذا الشرط :

٢٦٣ - يشترط - قانونا - في الفعل الذى يراد به دفع الخطر أن يكون لازما لدفعه (٢) والا فلو كان غير لازم لتفادى الخطر لما صح الالتجاء .

وعلى هذا فان تمسك المتهم بحالة الضرورة فانه لا يستفيد من أحكامها الا اذا كانت الجريمة التى ارتكبها هى الفعل اللازم لدفع الخطر الذى كان يهدده . ويتوافر هذا الشرط متى كان من شأن الجريمة دفع الخطر (٣) .

وقد ثار خلاف بين الشراح حول ما اذا كان توافر هذا الشرط مجردا عن أى اعتبار آخر - يكفى لقيام حالة الضرورة . أم انه يجب أن يكون الفاعل مع ذلك حسن النية حتى يمكن أن يستفيد من أحكام حالة الضرورة ؟

فيرى فريق من الشراح أن القاضى ليس عليه أن يبحث بعد توافر هذا الشرط « عما اذا كان الفاعل حسن النية ، أو سىء النية » . فالقانون لم يستلزم فى المادة ٦١ حسن نية الفاعل . وعلى ذلك يكون الشخص فى حالة ضرورة ولو انتهز فرصة حلول الخطر فارتكب الفعل المكون للجريمة لشفاء أحقاد .. وضغائن .

فالفعل على أى حال حصل دفعا لخطر . فهو جريمة ضرورة وان تحقق به غرض ثانوى . اما البحث فى الحالة النفسية للفاعل فلا يكون الا اذا لم يكن هناك خطر حقيقى . بل كان هناك خطر وهمى فعندئذ يكون على القاضى أن يتثبت من صحة اعتقاد الفاعل وأن اعتقاده بنى على أسباب معقولة (٤) .

(١) تفسير القرطبى ص ٦١٠ وفى تفسير ابن كثير ج ١ ص ٢٠٥ قال قتادة : غير باع فى الميتة أى فى أكله ان يتعدى حلالا الى حرام وهو يجد عنه مندوحة .

(٢) جرانمولان - المرجع السابق ج ٢ ص ١٣٦ رقم ١٠٦٦ .

(٣) الدكتور محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٤١٨ رقم

٣٢٥ .

(٤) المرجع السابق - نفس المواضع المشار اليها .

٢٦٤ - ويذهب فريق آخر من الشراح الى أن الفاعل عندما يجاول أن يدفع خطرا جسيما عن شخص آخر يجب أن يكون حسن النية ، حتى يمكن أن تشملته حمايه المادة ٦١ من قانون العقوبات « اما اذا كان الدافع خبيثا أى لم يكن الذى الجأ الجانى الى ارتكاب الجريمة هو ضرورة وقاية النفس وانما كان دافع الانتقام مثلا فانه لا تشملته حماية المادة ٦١ ع . فاذا فرضنا ان عمرا رأى عدوه زيدا يتنازع هو وبكر خشبة فى البحر للنجاه بواسطتها من الغرق فانتهاز الفرصة ودفع زيدا عنها وبهذا مكن بكر من النجاة فانه لا يمكن أن يحتمى بالمادة ٦١ ع ، فلم يكن الدافع له كما هو الفرض ، انقاذ عمرو وانما اغراق زيد . فانقاذ عمرو لا يكفى لتطبيق المادة ٦١ وانعدام ... المسؤولية (١) .

٢٦٥ - ويبدو لنا أن لكل من هذين الرأيين السابقين وجهة نظر خاصة ، فقد اتجه كل منهما الى زاوية معينة نظر الى المسألة من خلالها . . . فالفريق الأول حين رأى أن القانون لا يشترط حسن النية مادام الفعل لازما لدفع الخطر ، قد بين ذلك بصفة عامة .

والصورة العادية لدفع هذا الخطر هو أن يكون متعلقا بنفس الفاعل . وليس من شك فى أنه اذا كان الخطر مهددا لانسان وتوقف دفعه على الاضرار بغيره فانه يجوز له - طبقا للقانون - أن يدفعه ولو لم يكن الفاعل حسن النية ، بل حتى ولو انتهاز فرصة حلول الخطر فارتكب الفعل المكون للجريمة لشفاء احقاد وضغائن .

أما رأى الثانى :

فانه خاص بحالة معينة هى حالة ما اذا كان الفاعل يدفع الخطر عن شخص آخر ، فهنا يجب أن يكون الفاعل حسن النية عندما ينقذ شخصا على حساب شخص آخر .

وليس من شك فى عدالة اشتراط حسن النية فى مثل هذه الحالة والا لأمكن اعتبار سوء النية غير القصد الجنائى بل هو هذا القصد بعينه .

(١) الدكتور محمد مصطفى القللى - المرجع السابق ص ٤٣٧ - ومن هذا رأى : الدكتور السعيد مصطفى السعيد - طبعة ١٩٦٢ - ص ٤٥٣ - ٤٥٤ . والدكتور محمود نجيب حسنى - المرجع السابق رقم ٦٨٠ .

فالذى يرى شخصين يتنازعان خشية في البحر للنجاة بواسطتها وبينه وبين أحدهما عداوة فيستغل هذا الظرف ويدفع عدوه عنها لينجو الشخص الآخر لم يكن يقصد في الواقع ونفس الأمر الا التخلص من عدوه .

بين الشريعة والقانون :

٢٦٦ - يبدو للقارئ من أول وهلة أن قانون العقوبات المصرى يتفق مع الشريعة في تقرير هذا الشرط .

والواقع أن هذا الاتفاق انما هو ظاهره فقط . فالشريعة حينما تقرر شرط الزوم ، انما تقرر في اطار المنهج الاسلامى المتكامل وفى دائرة الأساس الشرعى الذى تقوم عليه نظرية الضرورة والذى من مقتضاه عدم ازالة الضرر بالضرر ومن باب أولى عدم ازالته بضرر أعظم . والا كان التشريع عبثا .

وهذا ما وقع فيه التشريع الوضعى . وهو نفس الأمر الذى دفع الشراح الوضعيين الى بحث حسن النية ومدى اشتراطه عند تطبيق شرط الزوم .

٢٦٧ - أما فقهاء الشريعة فلم يشيروا الى حسن النية لأنه مفترض شرعا فى كل حركات الانسان . كما أن ضوابط النظرية تحول بين المضطر وبين الخروج عن دائرة المشروعية تماما . ولذلك فإن الخلاف الذى ثار بين الشراح حول اشتراط حسن النية غير وارد فى الفقه الاسلامى . وأن الأمثلة التى ساقها الشراح فى هذا الشأن لا تقرها الشريعة ولا تقبلها . بل وترفضها تماما . وعلى الأخص ذلك المثل القائل بأن عمرا رأى عدوه زيدا يتنازع هو وبكر خشية فى البحر للنجاة بواسطتها من الغرق فأتتهز الفرصة ودفع زيدا عنها . وبهذا تمكن بكر من النجاة . هذا المثل وما يشابهه من الأمثلة الأخرى لا تقره الشريعة على الاطلاق وسواء كان عمرو حسن النية أو سيئها فانه مسئول شرعا عن قتل انسان . لأن الضرورة لا أثر لها فى هذا المجال كما سبق أن قررنا .

الشرط الثاني : ان يكون متناسبا مع الخطر :

٢٦٨ — يشترط في الفعل اللازم لدفع خطر الضرورة أن يكون متناسبا مع هذا الخطر . أى أن يقتصر المضطر على أن يقترب من الفعل المحرم بالقدر الذى يحول بينه وبين الهلاك أو التلف . بمعنى أنه اذا ما أصبح تناول المحرم — أو اقترافه — لازما للانقاذ — على ما سبق بيانه في الشرط الأول — فانه حينئذ لا يقترب من المحرمات الا القدر المطلوب فقط لتفادى الهلاك . وعلى ذلك فلو تعدى المضطر — أو غيره ممن يقوم بالانقاذ — هذه الحدود فان فعله المتعدى به يكون خارجا عن دائرة المشروعية . وبعبارة أخرى فان هذا الفعل يظل محرما كما هو حيث لا تؤثر نظرية الضرورة فيه ولا تعمل أثرها الا عند توافر شروطها ومن هذا الشروط أن يكون الفعل متناسبا مع الخطر المراد تفاديه وتجنبه . وعلى ذلك فلا يعتبر الفعل مباحا . بل ولا ترتفع العقوبة عنه ، فالضرورة تقدر بقدرها ، وما جاوز القدر اللازم لتفادى الخطر يظل وصفه الأصلي قائما لا يتغير فهو فعل محرم ، أو هو اثم بنص القرآن الكريم .

٢٦٩ — والله الحجة البالغة فان قوله عز وجل « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه » يجمع الشروط الجوهرية لنظرية الضرورة كما أشرنا وبخصوص هذا الشرط ، فقد قال المفسرون رواية عن جمع من التابعين منهم قتادة والحسن والربيع وابن زيد وعكرمة ان قوله تعالى « غير باغ » معناه غير باغ في أكله فوق حاجته وعن السدى غير باغ في أكلها — أى المحرمات — شهوة وتلذذا « (١) » .

هذا فيما لو كان المضطر يواجه خطر الهلاك وليس أمامه الا أن يقترب فعلا واحد محرما دون غيره . مثل المسافر في صحراء قاحلة أو الذى ضل السبيل فيها ونفذ ما عنده من طعام وشراب وأصبح يواجه خطر الموت أن لم يتناول قدرا ينقذه من الميتة التى ليس أمامه سواها . فهنا توافر شرط اللزوم باتقاء وجود المياح من الأطعمة وعليه بعد ذلك أن يراعى شرط التناسب فلا يتناول من الشئ المحرم — والوحيد أمامه — الا ما يسد رمقه ويحفظ روحه ويدفع عنه خطر الهلاك .

(١) تفسير القرطبي ص ٦١٠ . تفسير ابن كثير ج ١ ص ٢٠٥ . صفوة

البيان لمعانى القرآن الكريم ج ١ ص ٥٧ .

٢٧٠ - أما إذا كان أمامه بعض أنواع من المحرمات • والحال أنه ليس أمامه شيء من الحلال مطلقاً (١) • فهو في حالة اضطرار أن لم يتناول الممنوع يهلك • غير أن هذا الممنوع ليس شيئاً واحداً وإنما هو شيان أو عدة أشياء • كما إذا وجد المضطر في المثال السابق طعام الغير أو لحم الخنزير بجانب الميتة • فهو إذن مضطر إلى شيء محرم وأمامه محرمات ثلاثة والشرط أن يكون فعل الضرورة متناسباً مع خطرها • فكيف يتصرف مثل هذا المضطر وكيف يراعى شرط التناسب ؟ •

٢٧١ - اختلفت آراء الفقهاء في الإجابة على هذا السؤال • وبإذن الله تعالى سوف نبحث هذه الآراء وأدلتها بالتفصيل والترجيح بينها عند كلامنا عن تطبيقات نظرية الضرورة في القسم الثاني من هذه الدراسة •

ونشير هنا إلى أن كل مذهب فقهي نظر إلى مدى الأضرار والمخالفات الشرعية في كل فعل محرم • حيث أباح للضرورة من الأفعال المحرمة ما ظهر له منها أنه أقل هذه الأفعال خطراً وأخفها ضرراً •

وعلى سبيل المثال : من نظر من الفقهاء إلى الضرر الخالص - قال : بتقديم طعام الغير على الميتة • ومن نظر إلى حقوق العباد • قال : بتقديم الميتة على طعام الغير لأن حقوق الله تعالى تقبل التسامح وأما حقوق العباد فلا مجال للتسامح فيها إلا بإذن أصحابها •

ونكتفي الآن بما روي عن الإمام مالك رحمه الله في هذا الشأن • فقد جاء في الموطأ سئل مالك عن الرجل يضطر إلى الميتة يأكل منها وهو يجد تمر القوم أو زرعاً أو غنماً بمكانه ذلك ؟ •

قال مالك : إن ظن أن أهل ذلك التمر أو الزرع أو الغنم يصدقونه بضرورته - حتى لا يعد سارقاً فتقطع يده - رأيت أنه يأكل من أي ذلك وجد ما يرد جوعه ولا يحمل منه شيئاً • وذلك أحب إلى من أن يأكل الميتة • وإن هو خشي ألا يصدقونه ، وأن يعد سارقاً بما أصاب من ذلك ، فإن أكل الميتة خير له عندي « (٢) » •

(١) والا لما توافر شرط اللزوم • بمعنى أن شرط اللزوم متحقق في هذه الحالة •

(٢) تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك ج ٢ ص ٤٤ • دار الكتب العلمية بيروت •

٢٧٢ - ويلاحظ أن الفعل الذى يراد به دفع خطر الضرورة قد يكون مباحا وقد يكون واجبا وقد يكون محرما - كما سنرى ذلك بالتفصيل فى موضعه .

فاذا خلا الفعل من الاضرار الاجتماعية التى تلحق الجماعة ، كما فى تناول الأطعمة والاشربة المحرمة ، فان ما فيها من الاضرار يتلاشى عندما تتعرض النفس البشرية لخطر الهلاك . وهنا يكون الفعل مباحا بل قد يكون واجبا حسب الأحوال وآراء الفقهاء التى سنبحثها تفصيلا فى موضعها المناسب .

ومن ناحية أخرى فان الفعل قد يكون مرخصا فيه اذا كان متضمنا لضرر اجتماعى أقل من خطر الضرورة . كما فى حالة الاكراه على التلفظ بكلمة الكفر - أعاذنا الله من ذلك - فان اجراء هذه الكلمة على اللسان أمر خطير جدا ، وفيه من الاضرار الاجتماعية ما فيه . ولكن عندما تتعرض حياة المؤمن لخطر القتل مثلا فان الله عز وجل برحمته رخص لعبده فى اجراء هذه الكلمة على ظاهر اللسان . لقوله تعالى : « الا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » (١) .

وأخيرا فان الفعل قد يكون محرما ولا يرخص فى اقتراحه ، وذلك اذا تضمن من الاضرار الاجتماعية ، ما يزيد على خطر الضرورة المراد تفاديه ، كما فى جرائم القتل . حيث لا ترخص الشريعة مطلقا فى هذه الجرائم لأى سبب كان كما سيأتى بيان ذلك بالتفصيل الوافى .

موقف القانون من هذا الشرط :

٢٧٣ - لم يتعرض نص المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى الى هذا الشرط الا أنه شرط لا بد منه لقيام حالة الضرورة ، التى تفترض تنازعا بين أضرار محتملة وعلى الفاعل أن يختار أقل الأمرين خطرا . وعلى ذلك فانه يجب أن يكون هناك تناسب بين الجريمة المرتكبة فى حالة الضرورة وبين الخطر المراد تفاديه « (٢) » .

غير أن الموقف الشاذ للقوانين الوضعية التى أعطت للضرورة حكما واحدا فى جميع الحالات ، وضع القضاة أمام صعوبات لاحد لها . ذلك

(١) سورة النحل . من الآية رقم « ١٠٦ » .

(٢) ادوار توفيق - المرجع السابق - ص ١٨ .

أنه اذا أمكن للفاعل أن يختار أقل الأُمرين ضررا أو أكثرهما نفعا عندما تتنازع المصالح المالية ، فانه الموازنة تبدو عسيرة اذا كان التنازع قائما بين الأُنفس أو بين الواجبات والمعتقدات الدينية (١) .

٢٧٤ - ويمكننا تلخيص هذا الموقف في الفرضين الآتيين :

الأول : أن يكون في استطاعة الفاعل اقتداء النفس بالمال ، وهنا يتعين عليه ان يفعل ذلك بلا جدال ، حيث لا يجوز الالتجاء الى جريمة من جرائم الأُنفس طالما تيسر الافلات من الخطر باحدى جرائم الأموال (٢) .

الثانى : ألا يسكن اقتداء النفس الا بنفس أخرى . وهذا لفرض لا يخلو من حالتين :

الحالة الأولى : أن تكون النفس المراد حمايتها هي نفس الفاعل أو نفس أحد من ذويه ابنه أو أبيه . وفي هذه الحالة يجوز - طبقا لنص المادة ٦١ من القانون الحالى - لمثل هذا المضطر أن يضحي بنفس الغير في سبيل نجاة نفسه أو نجاة من يهيم أمره .

وتعليل ذلك من الناحية القانونية - يتلخص في أن الذى يضحي بنفس غيره من أجل أن يفتدى نفسه أو ابنه أو أبيه يعتبر مضطرا حيث انه في هذه الحالة لم يفعل الا ما تمليه عليه غريزة حب البقاء وذلك شعور فطرى لا يسكن للقانون أن يطالب بالتخلى عنه « (٣) .

أما في الحالة الثانية : وهي الحالة التى يهدد الخطر فيها نفس الغير مطلقا بحيث لا تقوم بين الفاعل وبينه علاقة ما ، فان مثل هذا الشخص لايعتبر مضطرا ، وليس له التمسك بحالة الضرورة ، ذلك أن فكرة الخطر في حد ذاتها تتلاشى في تلك الحالة الى حد كبير .

٢٧٥ - وبهذه المناسبة ثار البحث في حكم (٤) أصدرته محكمة النقض الفرنسية في ٣٠/٤/١٩٣٤ .

(١) القللى المرجع السابق ص ٤٤٦ .

(٢) محمود مصطفى المرجع السابق - ص ٣٣١ ص ٣٣٦ .

(٣) الدكتور عبد المهيمن بكر سالم - المرجع السابق - ص ١٩٤ .

(٤) نقض فرنسى ٢٠ ابريل سنة ١٩٣٤ سبرى ١٩٣٤ - ١ - ٣٩٩ .

وتتلخص وقائع هذا الحكم في أنه : « في أثناء الحرب العالمية الأولى قبضت داورية من الجنود الألمان على أربعة أشخاص من المدنيين الفرنسيين وطلبت من أحدهم ان يذهب الى القرية المجاورة ليستطلع عن وجود جنود فرنسيين بالقرية أو عدم وجودهم واستبقت الثلاثة الآخرين رهائن لديها وهددته بقتل زملائه الثلاثة أن لم يعد بحقيقة الخبر ، فانطلق الى القرية ثم عاد بعد ذلك وأخبر رجال الداورية بأن الجنود الفرنسيين لا يزالون بالقرية ، فاطلقوا سراح زملائه ثم ضربت القوات الألمانية القرية بالقنابل فدمرتها بأكملها .

قدم هذا الرجل بعد ذلك الى المحاكمة العسكرية بتهمة التخاير مع الاعداء ، فحكم عليه بالأشغال الشاقة .

وطبقا لقانون خاص عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية فرفضت الطعن في الحكم . وقد عللت رأيها بأن الخطر لم يكن يهدد نفس المتهم ، كما أن الظروف لم يكن من شأنها ان تسلب حريته . على أساس ان الاكراه المعنوي غير مستوف لشرائطه القانونية ، فالمتهم لم يكن أمام خطر ما عند ارتكاب جريمته والقتل الذي هدد به زملاؤ الثلاثة لم يكن موجها لشخصه هو ، كما أنه ليس من شأن هذا الخطر أن يفقده اختياره عندما يوازن بين تعريض أهل قرية برمتها مع فرقة من الجيش لخطر الموت وبين ذلك الخطر الذي افترض حصوله لزملائه الثلاثة .

٢٧٦ - هذا هو مضمون الحكم ، وقد أشار البعض اليه بنسابة الكلام على شرط حلول الخطر (١) .

والواقع أن الخطر حال بالنسبة لهؤلاء الثلاثة الذين احتجزوا رهينة لدى القوات الألمانية فأما رجوع صاحبهم بالخبر وأما قتلهم .

وقد أشار البعض الآخر الى أن هذا الحكم يعتبر من الأحكام التي قضت فيها محكمة النقض الفرنسية بأن الخطر القائم بالغير لا يعتد به في القول بقيام حالة الضرورة متى كان ذلك الغير ممن لا تربطهم بالمتهم علاقة خاصة مثل الأبوة أو البنوة (٢) .

(١) الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل - المرجع السابق - ص ٥١٢ ، حيث استشهد سيادته بهذا الحكم على انتفاء شرط الحلول .
(٢) الدكتور عبد المهيمن بكر سالم - المرجع السابق - ص ١٩٤ .

وفعلا ذكرت المحكمة في أسباب حكمها أنه متى كان المتهم لم يكن أمام خطر ما عند ارتكاب جريمته ، والقتل الذي هدد به زملاؤه الثلاثة لم يكن موجها لشخصه هو .

٢٧٧ - وهذا القول من المحكمة غير مقبول - في نظرنا - وذلك من وجهين :

أولا : أن المتهم كان أمام خطر هو قتل زملائه الثلاثة .

ثانيا : أن الحكم لم يشر الى نفي العلاقة التي من شأنها ان تجعل المتهم في حالة تدفعه الى ارتكاب الجريمة لا نقاذ هؤلاء الزملاء . واذن فهناك احتمال كبير في وجود رابطة قوية بينه وبينهم من شأنها ان تدفعه الى مثل هذا العمل .

٢٧٨ - والتعليل الصحيح - في رأينا - هو ما أوردته المحكمة في الشق الأخير من تسيبها حيث قررت « أنه ليس من شأنى هذا الخطر أن يفقده اختياره عندما يوازن بين تعريض أهل قرية برمتها مع فرقة من الجيش لخطر الموت - وبين ذلك الخطر الذى افترض حصوله لزملائه الثلاثة » .

ذلك أن الخطر الذى يهدد الغير قد يعتبر في بعض الظروف خطرا مساويا لما يهدد نفس الفاعل من اضرار . ومع ذلك فان هذا الخطر عموما - سواء كان مهددا لنفس الفاعل أو مهددا لشخص عزيز عليه - لا يمكن أن يعتد به اذا كان في تقاديه اضرار بمصلحة الوطن . فأى ضرر مهما كان كبيرا يجب تحمله في سبيل حماية الوطن .

٢٧٩ - وقد ساقنا البحث في هذا الحكم الى مسألة دقيقة يجب الوقوف عندها قليلا علنا تصل الى حل سليم لها .

نتلخص هذه المسألة في السؤال الآتى : هل قيام خطر يهدد شخصا واحدا يمنع من العقاب ولو أودت جريمته بأرواح عديدة ؟

ومن أمثلة ذلك ان يهدد شخص طاهيا بالقتل فورا اذا لم يضع سما في طعام يقدمه لعدد كبير (١) . أو أن يهدد شخص بالقتل ان لم يلق قبلة في جمع من الناس (٢) .

(١) القللى - المرجع السابق - ص ٤٤١ .

(٢) محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣٣١ .

٢٨٠ - يرى شراح القانون المصري ان الحل في هذه المسألة يتوقف على ما تقضى به الغريزة الطبيعية (١) . ذلك أن القانون لا يفرض على الناس التضحية في الظروف العادية اذ من البدهى القول بأن الغريزة الطبيعية تدعو الانسان دائما الى أن يؤثر نفسه أو أن يؤثر شخصا عزيزا لديه - كأبنة أو أبيه - على أية تضحية مهما كانت جسيمة بالنسبة للآخرين (٢) . واذن فلا مسئولية طبقا لنص المادة ٦١ من القانون الحالي - على من يضحي بأرواح عدد كبير من الناس في سبيل انقاذ نفسه أو انقاذ شخص عزيز عليه ويعمل بعض الشراح هذا الحكم بأنه لا يمكن القول بأن الفاعل كان متمتعا بحرية الاختيار (٣) . والواقع أن حرية الاختيار لدى - الفاعل - هنا - ليست منعدمة تساماً، بل أنه قد خير بين شين فأختار أهونها (٤) في نظره وبحسب ما قضت به غريزته البشرية ولذلك فإن ضيق حرية الفاعل في الاختيار هي السبب الكامن وراء القول بأعفائه من العقاب في مثل هذه الحالات .

٢٨١ - وغنى عن البيان أن الفاعل اذا لم تكن تربطه بالشخص المهدد بالخطر صلة تدفعه الى ان يؤثره على أكثر من نفس فانه لا يعفى من العقاب في هذه الصورة . اذ من الواجب عليه أن يوازن بين الخطرين ويختار أهون الشرين . ويراعى في تقدير ذلك الظروف الملابسة - ومن أبرز هذه الظروف مصلحة الوطن في حالة الحرب حيث تصبح التضحية فرضا محتما على كل مواطن .

بين الشريعة والقانون :

٢٨٢ - فيما يتعلق بمضمون هذا الشرط فان ما يقول بشراح القانون في الوقت الحاضر ، وما استقرت عليه أحكام القضاء ، هو عين ما قاله الفقهاء الشريعة الاسلامية منذ مئات السنين .

نقول : ان ذلك فيما يتعلق بمضمون الشرط وهو ان يكون الفعل المرتكب في حالة الضرورة متناسبا مع الخطر المراد تجنبه وتقاديه .

(١) المرجعين السابقين نفس المواضع المشار اليها .

(٢) للدكتور محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣٣١ .

(٣) المرجع السابق - نفس المرجع .

(٤) الدكتور القللى - المرجع السابق - ص ٤٤١ .

وأما فيما يتعلق بشرح هذا الشرط وتطبيقه وتفصيل حالاته المختلفة ،
فإن الشراح الوضعيين - ومعهم أحكام القضاء - كثيرا ما يخالفون الشريعة
الاسلامية في هذا الشأن .

وسبب ذلك هو الموقف الشاذ للقوانين الوضعية جميعها التي تجعل
للضرورة حكما واحدا لا يختلف باختلاف الحق المهدد بالخطر .

٢٨٣ - أما الشريعة الاسلامية فقد سلكت المنهج العدل الذي يضع
في اعتباره الموازنة الصحيحة بين الحقوق المتعارضة .

ففي حالة ما اذا كان الحق متعلقا بالنفس الانسانية فان الضرورة لا تؤثر
في اباحة هذا الحق على الاطلاق بل وتكون عديمة الأثر أيضا في العقوبة
الواجب تطبيقها عند المساس بحق النفس الانسانية . فالضرورات تبيح
المخطورات بشرط عدم نقصانها عنها . بمعنى أن الضرر لا يزال بالضرر فاذا
كان الخطر متعلقا بنفس انسان فلا يزال باهلاك نفس أخرى ومن باب أولى
باهلاك أنفس عديدة . باستثناء المصلحة العليا للبلاد حيث تعلو هذه المصلحة
فوق كل المصالح .

٢٨٤ - ومن هنا نرى أن الأمثلة التي ساقها الشراح - وبعض الأحكام
المشار إليها - والتي من شأنها أن يكون للضرورة أثر في جرائم النفس كلها
أمثلة تخالف الشريعة الاسلامية مخالفة صارخة . حتى ولو كانت النفس
المراد حمايتها هي نفس الفاعل أو نفس أحد من ذويه أو اقاربه . وقد سبق
أن بينا ذلك وعلقنا عليه عند كلامنا عن أساس نظرية الضرورة ، وفي
مناسبات أخرى كثيرة .

الباب الرابع

في

آثار نظرية الضرورة

٢٨٥ - نظرية الضرورة لها آثارها الهامة في الجريمة والعقوبة بيد أن هذه الآثار منها ما هو عام تجدر دراسته ضمن الأحكام المتعلقة بالنظرية العامة ، ومنها ما يتعلق بكل جريمة على حده أو ما يرجع أثره الى عقوبة معينة ، وهذا ما استحسن ارجاءه الى القسم الثاني الخاص بالتطبيقات المختلفة لحالات الضرورة .

وعلى ذلك فموضوع هذا الباب دراسة الآثار العامة لنظرية الضرورة وهي ستكون على الوجه التالي :

- الفصل الأول : آثار الضرورة في الفقه الاسلامي .
- الفصل الثاني : آثار الضرورة في القانون الوضعي .
- الفصل الثالث : آثار الضرورة بين الشريعة والقانون .

الفصل الأول

آثار الضرورة في الفقه الاسلامي

٢٨٦ - دراسة أثر الضرورة في الفقه الاسلامي تنصب على بيان أثرها في الحكم الشرعي . وهذا الحكم ينقسم الى قسمين الحكم التكليفي والحكم الوضعي .

وقد اعتاد علماء الأصول على ان يبحثوا أولا الحكم التكليفي ثم يتناولون بعد ذلك الحكم الوضعي .

ولكن نظرا لأهمية الحكم الوضعي بالنسبة لموضوعنا فاننا نكتفي بالإشارة اليه فالحكم الوضعي يعرف بأنه : « ما اقتضى وضع شيء سببا لشيء أو شرطا له أو مانعا منه » (١) .

وتبدو أهمية الحكم الوضعي هنا في أن الجرائم بأنواعها المختلفة تندرج تحت هذا الحكم من حيث أن الشارع جعل ارتكاب الجريمة سببا موجبا لتوقيع العقوبة المقررة شرعا على من ثبت اقترافه لتلك الجريمة .

(١) يعرف الحكم التكليفي بأنه « خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخيرا » خلاف المرجع السابق ص ١١٢ - أبو زهرة أصول الفقه ص ٢٦ وخطاب الله تعالى هو كلامه عز وجل نصا في القرآن الكريم أو حكما في السنة وسائر الأدلة الشرعية الأخرى . والمراد من تعلق الخطاب بأفعال المكلفين ارتباطه بها على وجه يبين صفتها من حيث كونها واجبة أو مندوبة، أو مباحة أو مكروهة أو محرمة وهو المستفاد من عبارة اقتضاء أو تخيرا . ويفرر الفقهاء أن الضرورة ليس لها أدنى أثر على الأحكام التكليفية إذ الضرورة لا تنفي التكليف . لأن المضطر فأهم لخطاب الشارع ، وقادر على أمثال أمره رغم ما في هذا الأمثال من خطر محقق أو ضرر شديد ولا أدل على ذلك من أن أفعال المضطرين قد يطرا عليها الوجوب كما في حالة من أشرف على الهلاك من شدة الجوع وفي أماكنه أن ينقذ بنفسه تناول ما يسد رمقه من المطعوم المحرم . وقد يطرا عليها التحريم كما في حالة الضرورة التي يتوقف الخلاص منها على قتل نفس بغير حق فهنا يحرم ذلك كما سبق أن أشرنا وكما سيأتي تفصيلا . وقد تطرا عليها الإباحة كما في حالة المضطر الذي لم يشرف على الهلاك حيث يباح له ان يتناول من الطعام المحرم ما يتفادى به الضرر الجسيم وان لم يصل الى الهلاك وحيث ترددت أفعال المضطرين بين الوجوب والإباحة والتحريم يثبت قطعاً ان الضرورة لا أثر لها على الحكم التكليفي . وقد سبق ان أشرنا الى طرف من هذا المعنى عند الكلام عن الضرورة والأهلية وذلك في الباب التمهيدى .

ولما كانت الغاية من هذه الدراسة بيان أثر الضرورة في الجريمة والعقوبة فاني فضلت الاشارة الى الحكم الوضعي أولا مقتصرًا في ذلك على الكلام عن أثر الضرورة في الجريمة والعقوبة .

أما العقود وسائر التصرفات والشروط والموانع المرتبطة بالحكم الوضعي فليس لها كبير اتصال بموضوع بحثنا .

أثر الضرورة في الجريمة والعقوبة :

٢٨٧ - بيان أثر الضرورة على الجريمة والعقوبة يختلف باختلاف ما اذا كانت الجريمة من جرائم النفس . أم كانت من جرائم الحدود والتعازير . كما أن للضرورة أثرا في المسؤولية المدنية وبهذا وضحت لنا خطة الدراسة في هذا الفصل حيث تكون على الوجه الآتي :

- المبحث الأول : أثر الضرورة في جرائم النفس .
- المبحث الثاني : أثر الضرورة في الحدود والتعازير .
- المبحث الثالث : أثر الضرورة في المسؤولية المدنية .

المبحث الثاني

أثر الضرورة في جرائم النفس

٢٨٨ - جرائم النفس :

سمى جرائم القتل والضرب والجرح . والشريعة الغراء تنظر الى الأنفس نظرة واحدة حيث تتساوى الأنفس أمام حكمها في كل الظروف والأحوال ولذلك فانه يمكننا أن نقول أن الضرورة ليس لها أثر على هذا النوع من الجرائم يستوى في ذلك القتل والقطع « أو الضرب » والجرح . فليس للمضطر بأي حال من الأحوال ومهما كانت الظروف أن يقتل غيره أو يضحي بحياة غيره في سبيل انجاء نفسه من الهلاك وليس له أيضا ان يجرح غيره أو يقطع عضوا من أعضائه ليتفادى بذلك ايذاء نفسه ، كما أنه لا يجوز للمضطر أنه يتناول طعام مضطر آخر لينقذ نفسه باهلاك غيره .

٢٨٩ - وذلك لأن قول الله تعالى : « ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما » (١) حكم

(١) سورة النساء الآية رقم «٩٣» .

لا يقبل نسخا ولا تخصيصا بأى وجه من الوجوه كما أنه دال على تحريم قتل النفس تحريما أبديا خالدا .

ولئن كانت الضرورات تبيح المخطورات فلا يمكن لتلك النظرية أن تعمل فى إباحة الأتفس التى عصمها الله وحرم قتلها الا بالحق ، وقد أجمع الفقهاء على ذلك اجماعا استنبطناه من عدم وجود مخالف لما قررنا ، ولما ورد فى كتبهم ما يؤكد ذلك التحريم ، فقد ذكروا أن من قتل غيره لينقذ نفسه من الهلاك - يعتبر اثما « لأن مقسده قتل نفسه أخف من مقسده قتل غيره » (١) والمراد بالاثم العقاب الدينوى والعذاب الأخرى (٢) وقد صرح بعض الفقهاء بوجوب القصاص على من أكره على قتل غيره وعلى من قتل غيره للضرورة حيث قال « يجب القود كما لو أصابته مخصمة فقتل انسانا وأكل من لحمة » (٣) . كما أنهم كثيرا ما صرحوا بأنه لا يجوز للضطر أنه يأخذ طعام مضطر آخر » (٤) .

وينبنى على ذلك أنه اذا كان جماعة فى قارب وأحاط بهم الخطر من كل جانب ، وأصبح القارب فى حالة تهدد بغرق من فيه ، فلا يجوز لهم القاء واحد منهم أو أكثر لتخفيف حمولة القارب مثلا (٥) أو كما اذا كان بالقارب شخصان ثم تحطم القارب ولم يبق منه الا خشبة تكفى لنجاة واحد فقط فلا يجوز لأحدهما أن يدفع زميله لتنجية نفسه .

٢٩٠ - وقد أكد الفقهاء أن هذا الحكم لا نزاع فيه حيث أكد ذلك بعضهم صراحة . فقال : « ولأن قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح لضرورة ما ، فكذا باكره وهذا لا نزاع فيه » (٦) .

وهكذا ثبت من غير نزاع ، ان الضرورة لا أثر لها فى جرائم النفس مهما كانت ظروف الاضطرار ، ومهما عظمت الأخطار المحيطة بالمضطر ، فلا يباح ولا يرخص له بحال - فى قتل غيره لانجاء نفسه .

وحتى فى حالة قائد السيارة الذى يضطر الى اصابة شخص تقاديا

-
- (١) الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ١٠٨ ط سنة ١٨٩٣ .
 (٢) ما لم يقبل الله توبته . بل لقد ذهب البعض الى عدم قبول توبة القاتل ولكن الراجح ان توبته مقبولة لقوله تعالى « الأ من تاب وآمن وعمل عملا صالحا فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات » (سورة الفرقان الآية رقم « ٧٠ »)
 (٣) كشف الأسرار ج ٤ ص ١٥١١ .
 (٤) المفتى ج ١١ ص ٨٠ - مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٤٠ .
 (٥) المرجع السابق ج ١ ص ٥٧٨ .
 (٦) تكملة البحر الرائق ج ٨ ص ٨٤ .

لقتل شخص آخر ؛ فانه لا بد من دفع دية العضو المصاب لقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس في الاسلام دم مهدر » .

المبحث الثانى اثر الضرورة فى جرائم الحدود والتعازير

٢٩١ - جرائم الحدود هى الجرائم التى يعاقب عليها بالحدود التى بينها الله تعالى فى القرآن الكريم أو على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم .
والحدود : جمع حد . والحد هو العقوبة المقدرة حقا لله عز وجل (١) .
وهذا النوع من الجرائم يندرج تحته أنواع سبعة هى :

- ١ - جريمة الزنا .
- ٢ - جريمة القذف .
- ٣ - جريمة الشرب .
- ٤ - جريمة السرقة .
- ٥ - جريمة الحراية .
- ٦ - جريمة الردة .
- ٧ - جريمة البغى .

هذه هى جرائم الحدود ، ويسمىها بعض الفقهاء « الحدود » دون اضافة لفظ جرائم اليها (٢) . ويسمىها البعض الآخر « الجنائيات » (٣) .
٢٩٢ - ولا يتصور قيام ضرورة ملحة تدفع الفرد الى ارتكاب كل هذه الجرائم ، ذلك أن جريمة القذف وجريمة الحراية وجريمة البغى وجريمة الردة ، كل هذه الجرائم لا يتصور قيام الضرورة الدافعة الى ارتكابها .
نعم قد يقال : انه من الممكن أكراه الفرد على ارتكاب هذه الجرائم أو بعضها ، غير أنه قد سبق أن أشرنا الى أننا نبحت الضرورة بمعناها الخاص والاضطرار بهذا المعنى لا يتصور الا فى جريمة السرقة والشرب .

(١) فتح القدير ج ٤ ص ١١٢ - ١١٣ طبع المكتبة التجارية - بدائع الصنائع ج ٧ - ص ٣٣ ، ص ٥٦ سنة ١٩١٠ .

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ١١١ ط سنة ١١٦ - الهداية ج ٤ ص ١١٢ - العناية ج ٤ - ص ١١٢ حاشية سعد حلى ج ٤ ص ١١٢ . الشرح الكبير للزدير وحاشية الدسوقي عليه ج ٤ ص ٣١٣ . وما بعدها طبع المكتبة التجارية .

(٣) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٢٩ ط سنة ١٣٥٦ هـ « ثابتة حلى » .

ونظر الآن جريمة الزنا قد يكون لها أحكام خاصة من حيث أثر الضرورة عليها فسوف ابحثها على استقلال .

٢٩٣ - أما جرائم التعازير . فهي تلك الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير (١) .

والتعزير معناه التأديب . وهذه الجرائم التعزيرية لم تحدد لها الشريعة عقوبات خاصة بها ، ولكنها أكتفت بتقرير مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم وتبدأ بأخف العقوبات وتنتهى بأشدّها وتركت للقاضي أن يختار العقوبة الملائمة للظروف التي ترتكب فيها .

ومن هذه الجرائم أكل الميتة والدم ولحم الخنزير . فقد حرمها الله تعالى ولم يضع حدا مقدرا لا في القرآن الكريم ولا في السنة على لسان الرسول صلى الله عليه وسلم . وهذه الجرائم هي أكثر الجرائم التي يتصور الاضطرار الى ارتكابها . بل أن معظم آيات الاضطرار وردت بشأنها .

وعلى ذلك تتكلم أولا عن القاعدة العامة المتعلقة بأثر الضرورة في جرائم الحدود والتعازير بالتحديد المشار اليه . ثم تتكلم ثانيا عن أثر الضرورة في جريمة الزنا .

أولا : القاعدة العامة

٢٩٤ - الحكمة من تقرر حدود الله عز وجل هي المحافظة على الأنفس والأموال والأعراض . فإذا ما توقف حفظ النفس على ارتكاب قتل محرم ، وجب النظر في هذا الأمر على ضوء هذه الحكمة والقاعدة العامة التي تقول : الضرورات تبيح المحظورات . ما وضعت الا للحالات الاستثنائية التي تتعرض فيها الأنفس أو الأموال أو الأعراض لخطر محدقة يتوقف الخلاص منها على ارتكاب جريمة أقل ضررا من هذا الخطر المحدق بتلك النفس أو بذلك المال .

وهذا المعنى هو السرقى اجماع العلماء على الأخذ بهذه القاعدة بالنسبة لجرائم الحدود والتعازير التي يتصور الاضطرار فيها . وذلك فضلا عن أن أصل القاعدة ثابت في القرآن والسنة الصحيحة .

فعلماء المسلمين جميعا يعبرون عن أثر الضرورة في الجرائم التي تعمل فيها - يعبرون - بالاباحة ولا يستثنى من ذلك الا جريمة الزنا التي سنبين حكمها فيما بعد . غير أن الفقهاء اذا كانوا قد اجمعوا على التعبير بالاباحة فأنهم اختلفوا بعد ذلك : هل يصبح هذا الفعل واجبا أم يظل مباحا فقط مع مراعاة الحكم الخاص بجريمة الزنا .

وقبل الخوض في غمار هذا الخلاف نعرض بعض النصوص الفقهية التي يثبت بها اجماعهم على أن الضرورة من أسباب الاباحة في جرائم الحدود والتعازير .

الفقه الحنفى :

٢٩٥ - ذكر ابن نجيم في الاشباه والنظائر تعليقا على القاعدة التي تقول الضرر يزال « هذه القاعدة تتعلق بها قواعد : الأولى الضرورات تبيح المحظورات ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخصة واساعة اللقمة بالخمير » (١) . وأيضا فإن الكمال بن الهمام قد ذكر ما يؤكد هذا المعنى بما لا يدع مجالا للشك وهذا نص عبارته « قالوا : في أكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الخمر في حالة الاضطرار : انها على الاباحة الأصلية » (٢) . وقد استدل بعض الحنفية على ذلك بقول الله تعالى : « وقد فصل لكل ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » - حيث قال : « استثنى حالة الضرورة والاستثناء من التحريم اباحة اذ الكلام صار عما وراء المستثنى ، وقد كان مباحا قبل التحريم فبقى على ما كان في حالة الضرورة » (٣) . وهذا الحكم صادق على طعام الغير حيث يعتبره فقهاء المذهب الحنفى مباحا عند الضرورة » (٤) .

الفقه المالكي :

٢٩٦ - جاء في كتاب التاج والأكليل لمختصر خليل :

« ونص الموطأ قال مالك - من أحسن ما سمعت في الرجل يضطر الى الميتة أنه يأكل منها حتى يشبع ويتزود منها ، فإن وجد عنها غنى طرحها

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٧ - ١٠٨ مع حاشية الحموى ص ١١٣ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٨٨ . التحرير ج ٢ ص ٢٨٨ . وص ٢٣٢ .

(٣) كشف الأسرار ج ٤ ص ١٥١٨ .

(٤) المرجع السابق نفس الموضع .

(قال) : أبو عمر : حجة مالك أن المضطر ليس ممن حرمت عليه الميتة وإذا كانت حلالا له أكل منها ما شاء حتى يجد غيرها فتحرم عليه (١) .

فمن هذا النص يظهر لنا جليا أن مذهب المالكية - كما هو مروى عن مالك رضى الله عنه - هو أن الضرورة تخرج المضطر من نطاق النص المحرم للفعل الى دائرة الحل ، أى أن الفعل بالنسبة له يصبح خلال لا حرمة فيه ، ولا معنى للاباحة سوى هذا .

وليس ذلك خاصا عندهم بالميتة وما شاكلها بل أن ذلك يصدق على طعام الغير حيث أباحوا للمضطر أن يتناول ويقتدر ما يسد رمقه (٢) مثلهم في هذا كمثل بقية المذاهب .

الفقه الشافعى :

٢٩٧ - جاء فى كتاب أسنى المطالب . « من ظن من الجوع الهلاك أو ظن ضعفا يقطعه عن الرفقة ، أو مرضا مخوفا . ولم يجد فى كل منهما حلالا لزمه أكل الميتة » (٣) فالشافعية عبروا هنا - فى هذا الكتاب - بالزوم الذى يراد منه الوجوب وهو أولى فى ارادة الاباحة التى هى أدنى من الوجوب فى الطلب ، فالقائل بالوجوب قائل بالاباحة وزيادة كما سنرى ذلك قريبا .

الفقه الحنبلى :

٢٩٨ - جاء فى المغنى لابن قدامة : « وتباح المحرمات عند الاضطرار اليها فى الحضر والسفر جميعا لأن الآية مطلقة غير مقيدة وقوله تعالى « فمن اضطر » لفظ عام فى حق كل مضطر ولأن الاضطرار يكون فى الحضر فى سنة المجاعة وسبب الاباحة الحاجة الى حفظ النفس من الهلاك » (٤) .

(١) التاج والاكلیل لمختصر خليل ج ٣ ص ٢٣٣ بهامش مواهب الجليل ط سنة ١٣٢٨ . ويراجع ايضا : شرح الزرقانى وحاشية البنانى ج ٣ ص ٢٦ وما بعدها وشرح الخرشي ج ٣ ص ٣٢٦ وما بعدها . « حاشية العلامة الشيخ العدوى ج ٣ ص ٣٢٦ » وما بعدها هامش شرح الخرشي . الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج ٢ ص ١١٥ .

(٢) شرح الزرقانى « حاشية البنانى ج ٣ ص ٢٩ وشرح الخرشي وحاشية العدوى ج ٣ ص ٣٢٨ والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ١١٦ » .

(٣) أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ ط سنة ١٣١٣ هـ .

(٤) المغنى ج ١١ ص ٧٤ - ٧٥ .

وقد حكى ابن قدامة في كتابه المغنى أيضا اجماع العلماء على
الضرورة من أسباب الاباحة حيث يقول في كتابه المذكور :

« أجمع العلماء على تحريم الميتة حال الاختيار ، وعلى اباحة الأكل
منها في حال الاضطرار وكذلك سائر المحرمات (١) أى أن المحرمات مباحة
عند الاضطرار إليها » .

الفقه الظاهرى :

٢٩٩ - جاء في كتاب المحلى لابن حزم ما نصه : « وما أباحه الله تعالى
عند الضرورة فليس خبيثا بل هو حلال طيب لأن الحلال ليس خبيثا » (٢) .

فاين حزم يقرر بعبارته التى نقلتها أن الضرورة لا ترفع العقوبة فقد
بل ترفع الحرمة من أصلها فهى تخرج الفعل من دائرة الحرام الخبيث الى
نطاق الحلال الطيب « تلك هى الاباحة فى أجلى صورها » .

فقه الزيدية :

٣٠٠ - جاء فى البحر الزخار : « ولن خشى التلف تناول من
الميتة ونحوها لقوله تعالى : « فمن اضطر الآية .. خاف من جوع
أو مرض متلف يحدث ان لم يتناول أو معه داء لا يذهب الا المحرم ..
وفى وجوب تناول مع خشية التلف وجهان .. » (٣) .

فقه الامامية :

٣٠١ - سئل الامام جعفر الصادق (٤) لم حرم الله الميتة ولحم
الخنزير فقال رضى الله عنه : خلق الله الخلق فعلم ما يقوم به ابدانهم وما يصلحهم
فأحلله الله لهم ، وأباحه لهم . وعلم ما يضرهم فنهاهم عنه . ثم أحله
للمضطر فى الوقت الذى لا يقوم بدنه الا به . فأمرهم أن يتأله منهم
بقدر البلغة لا غير ذلك .. » (٥) .

(١) المرجع السابق . نفس المرجع .

(٢) المحلى ج ١ ص ١٧٦ ط سنة ١٣٤٧ هـ .

(٣) البحر الزخار ج ٤ ص ٣٥١ ط سنة ١٣٦٨ هـ ١٩٤٩ م .

(٤) هو امام ابو عبد الله جعفر الصادق بن الامام محمد الباقر بن
الامام على الأصغرذين العابدين بن الامام الحسين بن سيدة نساء
العالمين فاطمة الزهراء بنت سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم . وغنى
عن البيان ان الامام الحسين هو ابن الامام على ابن أبى طالب كرم الله
وجهه . توفى الامام جعفر سنة ١٤٨ هـ .

(٥) من لا يحضره الفقيه ص ٢٩٩ / ٤٠٠ .

(م ١٥ - نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى)

٣٠٢ - وهكذا نرى الاجماع ينعقد على أن الضرورة من أسباب الإباحة في جرائم التعازير وفي جرائم الحدود التي يتصور قيام الضرورة بشأنها كما اكدت ذلك تلك النصوص التي أوردناها من المذاهب المختلفة . وهى نصوص تصدق على تناول المحرمات من الميتة والدم ولحم الخنزير وطعام الغير وشرب المسكر عند الاضطرار .

أما جريمة الزنا فلها حكم خاص نبينه بعد قليل ..

الضرورة بين الوجوب والإباحة :

٣٠٣ - رأينا اجماع الفقهاء على أن الضرورة من أسباب الإباحة في جرائم التعازير ومعظم جرائم الحدود . فالضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها كما سبق أن قررنا . الا أن الفقهاء اختلفوا بعد ذلك في حكم الاقدام على الافعال المحظورة التي أصبحت من المباحات . ويمكننا تلخيص آراء العلماء في هذه المسألة الى المذاهب الثلاثة الآتية :

الأول : يقول بالوجوب .. والثانى يقول بالإباحة .. والثالث يفرق بين ما يتعلق بحقوق الله تعالى وما يتعلق بحقوق العباد .

وفيما يلى تفصيل هذه المذاهب وأدلتها :

المذهب الأول : القائل بالوجوب :

٣٠٤ - ذهب المالكة (١) والظاهرية (٢) والامامة (٣) والمشهور عند

(١) يقول العلامة أحمد الدردير رحمه الله « والمباح - أى ما اذن فيه - وإن كان يجب للضرورة . وهى الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا - بتناول ما يسد ابرمق » .

(الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج ٢ ص ١١٥ وقد جاء نفس المعنى فى معظم كتب المالكية التى اطلعت عليها والتى منها : شرح الزرقانى وحاشية البنانى ج ٣ ص ٢٨ . وما بعدها وعلى الاخص ص ٣٠ . فى كل من الشرح والحاشية . وشرح الخرشى ج ٣ ص ٣٣٦ وما بعدها وحاشية العدوه عليه نفس الصفحات .

(٢) يقول ابن حزم رحمه الله : « وإن فرضا على الانسان اخذ ما اضطر اليه فى معاشه فان لم يفعل فهو قاتل نفسه . وهو عاصى لله تعالى . لان قوله تعالى ولا تقتلوا انفسكم ، عام فى كل ما اقتضاه لفظه وبالله تعالى التوفيق .

(المحلّى ج ١١ ص ٣٤٣) ..

(٣) جاء فى كتاب « من لا يحضره الفقيه » قال الصادق عليه السلام : من اضطر الى الميتة والدم ولحم الخنزير فلم يأكل حتى مات فهو كافر» .

الشافعية (١) واحدى روايتين عند الخنابلة (٢) واحدا وجهين عند الزيدية (٣) الى أن المضطر يجب عليه أن يتناول من الشيء المحذور القدر اللازم لا نقاذه من الهلاك فإن لم يفعل كان آثما .

٣٠٥ - وقد استدلوا على ذلك بالأدلة الآتية :

أولا : ان عدم اقدام المضطر على الفعل المحرم فى حالة الضرورة الملجئة تعريض لنفسه الى الخطر والقاء بها فى التهلكة وقد نهى الله عز وجل عن ذلك بقوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » (٤) .

فالمضطر بيده انتقاذ نفسه من الهلاك وذلك بأن يتناول من المطعوم أو المشروب المحرم ما يلزم لذلك ، فامتناعه عن الاكل أو تناول مفيض لا محالة الى موته ، فيكون قد ألقى بنفسه الى التهلكة وذلك محرم قطعاً بنص الآية .. ومن ناحية أخرى فإن المضطر لو امتنع عن الفعل المحرم لادى امتناعه الى موته ولاصبح بذلك قاتلاً لنفسه والله تعالى يقول : « ولا تقتلوا أنفسكم » (٥) والنهى عام يشمل كل ما يصدق عليه لفظه ، فسواء كان قتله لنفسه بطريق الإيجاب ، أم بطريق السلب فهو قاتل لها مستحق للعقوبة التى قررها الله عز وجل بقوله « ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا وكان ذلك على الله يسيرا » (٦) وهذه الآية هى التالية للآية الناهية عن قتل المؤمنين أنفسهم فالعقوبة التى قررتها هى - من غير شك - لمن قتل نفسه .

ثانيا : أن المضطر قادر على احياء نفسه بما أحله الله كما لو كان معه طعام حلال . لأن الحرام يصير عند الضرورة المجئة اليه حلالا طيبا والامتناع عن أكل الحلال الطيب محرم ومن استمر فى امتناعه عن تناول الحلال حتى مات كان عاصيا . ولا فرق فى ذلك بين الحلال بأصله وبين ما صيرته الضرورة حلالا ، فكلاهما حلال والممتنع عن تناولها حتى الموت يكون عاصيا . وفى هذا يقول بن قدامة « فليس أكل الميتة عند الضرورة

(١) اسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ .

(٢) المضى ج ٨ ص ٥٩٦ .

(٣) البحر الزخار ج ٤ ص ٣٥١ .

(٤) سورة البقرة من الآية رقم « ٩٥ » .

(٥) سورة النساء من الآية رقم « ٢٩ » .

(٦) سورة النساء الآية رقم « ٣٠ » .

رخصة ، بل هو عزيمة واجبة ولو امتنع من أكل الميتة كان عاصيا وليس تناول الميتة من رخص السفر بل هو من نتائج الضرورة سفرا كان أو حضرا» (١) .

المذهب الثاني : القائل بالإباحة

٣٠٦ - ذهب بعض الحنابلة وهو قول عن الشافعي ورواية عن أبي يوسف وأحد الوجهين عند الزيدية (٢) الى أن الضرورة تبيح فقط للمضطر أن يقترب الفعل المحرم متى كان لازما لدفع ضرورته وانقاذه من الهلاك وليس للضرورة من أثر سوى الإباحة فقط . فالمضطر كما يجوز له الاقدام على الفعل المحرم ، يجوز له الاحجام منه ، فتناول المحرمات ليس واجبا على المضطر بل هو بمحض الاختيار ان شاء تناول وان شاء امتنع ، ولو مات وهو ممتنع لا شيء عليه .

وقد استدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية :

أولا : قول الله تعالى « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » فقد استثنى الله تعالى (في هذه الآية) من التحريم ، ما تدعو الضرورة اليه ، فيكون ما تدعو اليه الضرورة مباحا لأن الاستثناء من التحريم إباحة ، اذ الاستثناء من الشيء يثبت ضد حكم المستثنى منه للمستثنى .

ثانيا : أن الحرمة قائمة في حالة الضرورة ، وانما جاز للمضطر تناول المحرمات على سبيل الترخيص ، ولذلك اذا امتنع عن تناولها فانه لا بأثم « لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة » (٣) .

ثالثا : قوله تعالى في سورة الانعام : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان الله غفور رحيم » ووجه استدلالهم أن التعقيب بقوله تعالى « فان الله غفور رحيم » مشعر بالذنب لأن الغفران لا يكون الا حيث يوجد

(١) المغنى ج ١١ ص ٧٤ .

(٢) المغنى ج ١١ ص ٧٤ المبسوط ج ٢٤ ص ٤٨ . البحر الزخار

ج ٤ ص ٣٥١ .

(٣) المغنى ج ١١ ص ٧٤ المبسوط ج ٢٤ ص ٤٨ . البحر الزخار

ص ٣٥١ .

الاثم مما يدل على أن الحرمة قائمة مع قيام الضرورة فامتناع المضطر
لا اثم فيه من باب أولى .

رابعا : ماروى عن عبد الله بن حذافة السهمي (١) رضى الله عنه
وهو صحابي جليل - ان طاغية الروم حبسه في بيت وجعل معه خمرا
ممزوجا بماء ، ولحم خنزير مشوى ثلاثة أيام ، فلم يأكل ولم يشرب حتى
مال رأسه من الجوع والعطش وخشوا موته فأخرجوه ، فقال : قد كان
الله أحله لى لانى مضطر ، ولكن لم أكن لاشمتك بدين الاسلام (٢) .

خامسا : قد يكون للمضطر غرض في اجتناب النجاسة والأخذ
بالعزيمة وربما لم تطب نفسه بتناول الميتة فقارق الحلال في الأصل من
هذه الوجوه (٣) .

المذهب الثالث

٣٠٨ - مذهب الحنفية عدا أبى يوسف : وهم يفرقون بين ما اذا
كانت الجريمة المرتكبة في حالة الضرورة من الجرائم التى تتعلق بحق
من حقوق الله تعالى ، أم أنها من الجرائم المتعلقة بحقوق الغير .

فاذا كانت من النوع الأول . أى من الجرائم المتعلقة بحقوق الله
سبحانه مثل جريمة شرب الخمر ، أو من الجرائم التعزيرية المتعلقة
بتناول المطعومات المحرمة ، فانه يجب على المضطر أن يقتصر الفعل
المكون للجريمة التى من هذا النوع .

فقد نقل الكمال بين الهمام في كتاب التحرير ما نصه :

« قالوا في أكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الخمر في حالة الاضطرار
انها على الاباحة الأصلية حتى قيل انه لو لم يأكل حتى يموت كان

(١) هو عبد الله بن حذافة بن قيس بن عدى بن سعد بن سهم بن
هصيص وهو قديم الاسلام بمكة . وكان من مهاجرى الحبشة الثالثة ،
وهو رسول رسول صلى الله عليه وسلم بكتابه الى كسرى . توفى رضى الله عنه
بمصر ودفن بمقابرهما وذلك في خلافة عثمان بن عفان .

(٢) الطبقات الكبرى لابن سعد ج ٤ ص ١٨٩ - ١٩٠ برون ١٣٧٧ هـ -
١٩٥٧ م - تهذيب التهذيب ج ٥ ص ١٨٥ ط سنة ١٣٢٦ هـ .

(٣) المغنى ج ١١ ص ٧٤ .

(٣) المرجع السابق نفس الموضع .

آثما (١) وقال في موضع آخر « وسقوط حرمة الخمر والميتة للمضطر والمكره للاستثناء في قوله تعالى « الا ما اضطررتم اليه » بعينه قوله تعالى « وقد فصل لكم ما حرم عليكم » اذ الاستثناء من الجطر اباحة (فتجب الرخصة) ههنا كما يجب شرب الخمر وأكل الخنزير لرفع الهلاك ولومات للعزيمة ههنا بأن يمتنع عن شرب الخمر وأكل الميتة عند الاضطرار والاكره بأثم بالقائه بنفسه الى التهلكة « (٢) أى أنهم يوافقون أصحاب المذهب الأول في قولهم بالوجوب في هذا النوع من الجرائم وظاهر من هذا ، ان أدلتهم على الوجوب هى نفسها أدلة القائلين به التى سبق بيانها .

٣٠٩ - أما اذا كانت الجريمة التى ألجىء المضطر الى ارتكابها من الجرائم التى يتعلق تحريمها بحقوق الغير مثل جريمة السرقة فان جمهور الحنفية يقولون أن المضطر لا يجب عليه اقتراب هذه الجريمة لدفع ضرورته بل ان ذلك مباح له فقط ، فان امتنع عن أكل طعام الغير - مثلا - حتى مات فانه لا يأثم .

ولقد أكد ابن الهمام مذهب الحنفية في هذا النوع من الجرائم بعبارة في غاية من الصراحة والوضوح فقال « ان المذهب عندنا في المضطر أنه يجب عليه أكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فهو كالمباح بتقدير شرط السلامة كالمروور في الطريق » (٣) .

وقد جاءت هذه العبارة بنصها في حاشية الحموى على كتاب الاشباه والنظائر لابن نجيم (٤) . وهى في وضوحها لا تحتاج الى تعليق في بيان مذهب الحنفية في الاضطرار الى الجرائم التى تتعلق بحقوق الغير فائتر الضرورة مقصور فيها - على الاباحة فقط .

وواضح أن دليل الحنفية على الشق الثانى من مذهبه يتلخص في أن المساس بحقوق العباد - ولو في حال الاضطرار - ظلم لهم والامتناع عن الظلم فيه أخذ بالعزيمة . فلهذا قالوا بعدم الوجوب مراعاة لحقوق

(١) تيسير التحرير ج ٢ ص ٢٢٨ - ٢٢٩ ط سنة ١٢٥٠ هـ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٣٢ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٨٨ طبع المكتبة التجارية .

(٤) حاشية الحموى ص ١١٣ .

العباد . وذلك بعكس الجرائم المتعلقة بحقوق الله تعالى لأن هضم الحقوق تقيل التسامح .

موقفنا من هذا الخلاف :

٣١٠ - رأينا أن للفقهاء في حكم الاقدام على احدى الجرائم التعزيرة أو بعض جرائم الحدود التي لا تسمى النفس أو العرض - مذاهب ثلاثة مذهب يقول بالوجوب ومذهب يقول بالاباحة والثالث يفصل بين ما يتعلق بحقوق الله وما يتصل بحقوق العباد .

والذى نراه - والله أعلم - أن المذهب الأول هو الاجدر بالقبول والادنى الى الصواب .

فالمضطر اذا ما أشرف على الهلاك يجب عليه شرعا أن ينقذ نفسه من الخطر المحدق ، بأن يأخذ من مال الغير ما يسد رمقه ويتناول من أى مطعموم محرم القدر اللازم لانقاذه من الهلاك فالوجوب فى تلك الدائرة وفى هذه الحدود أى الجرائم التعزيرية وبعض جرائم الحدود التى لا يمس النفس أو العرض .

٢١١ - وسنبينا فى هذا الترجيح يتلخص فى الوجوه الآتية :

أولا : أن النصوص القرآنية تؤكد وجوب انقاذ النفس من الهلاك . وذلك بالنهى الصريح عن القائها فى التهلكة والابتعاد بها عن كل ما يقربها من الخطر الحال أو الضرر البالغ . فضلا عن الآيتين اللتين استدلا بهما القاتلون بالوجوب (١) فقد وقعت عند تلاوتى لقوله تعالى : « من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحيأها فكأنما أحيأ الناس جميعا » (٢) وقت طويلا عند تلاوة هذا النص المبارك ورأيت فيه سندا قويا يؤيد القول بوجوب انقاذ النفس من الهلاك . سواء كانت نفس المضطر أو نفس غيره . كما سنبينه فى موضعه من القسم الثانى ان شاء الله تعالى .

(١) وهما قوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » وقوله سبحانه : « ولا تقتلوا انفسكم » .

(٢) سورة المائدة من الآية رقم « ٣٢ » .

ذلك أن هذا الآية وإن كانت تقص علينا شرع من قبلنا ، فإنها وردت في القرآن الكريم ولم يأت نص يعارضها ، فهي شرعنا باتفاق العلماء (١) فيلزمنا العمل بمقتضاها لهذا السبب وخصوصا إنه قد ورد من الآيات الكريمة الأخرى ما يؤكد معناها سواء في ذلك آيات تحريم القتل بصفة عامة . وآيات تحريم قتل النفس وتحريم القائها في التهلكة بصفة خاصة .

وإذا كان قتل النفس الواحدة مثل قتل الناس جميعا - في فظاعة الجرم وعظم الذنب وشناعة النتائج - وإذا كان أحيائها كإحياء الناس جميعا - في عظم الثواب وحسن الجزاء . فإن إحياء نفس المضطر كإحياء أنفس جميع الناس كما أن قتلها كقتل الناس جميعا ، فكان فرضا على المضطر (٢) أن ينقذ نفسه بتناول ما يسد رمقه أو يطفىء أوره من المطعوم أو المشروب المحرم .

(١) اختلف الأصوليين في حجية شرع من قبلنا على أقوال : الأول أنه يلزمنا مطلقا حتى يقوم الدليل على نسخه . والثاني أنه لا يلزمنا مطلقا حتى يقوم الدليل من شرعنا على الزامنا به . والثالث : إذا ورد من غير انكار فإنه يلزمنا على أنه من شريعة رسولنا صلى الله عليه وسلم لأن وروده في القرآن الكريم أو السنة النبوية من غير انكار معناه أننا مطالبون به (كشف الأسرار ج ٣ ص ٩٣٢) .

وهذه الآية الكريمة قصها الله علينا في القرآن الكريم ولم ينكر الحكم الوارد فيها . وهذا يعني اقرار حكمها وأنها مطلبون به فهو من شريعتنا ويلزمنا العمل به .

وعلى ضوء آراء الأصوليين التي أشرنا إليها يمكننا القول بأن علماء الأصول قد اتفقوا جميعا على ضرورة الالتزام بأحكام هذه الآية الكريمة فعلى القولين الآخرين يلزمنا العمل بها مطلقا وكذلك يلزمنا العمل بها طبقا للقول الأول لأنه لم يتم دليل على نسخها .

وأخيرا فإنه بناء على القول الثاني يلزمنا العمل بها لورودها في القرآن الكريم ولم يرد ما يدل على نسخها . بل رأينا من الآيات ما يؤيدها ويؤكد معناها .

(٢) سنرى في القسم الثاني أنه من المفروض على غير المضطر أن يقدم له ما ينفذ به حياته والا كان أثما متى كان ذلك الغير قادرا على إحيائه .

٣١٢ - ثانياً أن الله تعالى قد أباح المحرمات لمن اضطر اليها . فمن امتنع عن تناولها كان كمن امتنع عن الخبز والماء . والذي يترك الطعام أو الشراب حتى يموت فانه يأثم بلاشك ، بل يعتبر قاتلاً لنفسه ملقياً اياها في التهلكة فحقت عليه كلمة العذاب « ومن يفعل ذلك عدواناً وظلماً فسوف نصليه ناراً وكان ذلك على الله يسيراً » (١) .

٣١٢ - ثالثاً - أجمع العلماء - من أصوليين وفقهاء - على أن احياء النفس أمر واجب مفروض فقد حكى القرطبي ذلك الاجماع في تفسيره الجامع لاحكام القرآن « حيث يقول » « ولا خلاف بين أهل العلم متأخريهم ومتقدميهم في وجوب رد مهجة المسلم عند خوف الذهاب والتلف بالشيء اليسير الذي لا مضرة فيه على صاحبه وفيه البلغة » (٢) .

والقرطبي حينما يحكى اجماع أهل العلم فانما يحكيه عن دراية وخبرة ويقين بما أجمعوا عليه ، فهو لم يقل ذلك عبثاً ، بل ولم يقصد علماء مذهبه وهم المالكية انما يقصد اجماع أهل العلم من الأمة الاسلامية . متقدميهم ومتأخريهم كما يقول - هو رحمه الله - بصريح عبارته ومن رأينا أن الاجماع الذي يقصده ليس اجماعاً على وجوب رد المهجة بالشيء المحرم . بل الاجماع على مطلق احياء النفس وانقاذها من المهلكة بدون اعتبار لوسيلة الانقاذ . وعلى ذلك يمكن في نظري التوفيق بين ما حكاه القرطبي وبين هذا الخلاف الذي نحن بصددده بأن نقول « ان الاجماع الذي حكاه القرطبي رحمه الله عام في وجوب انقاذ المهجة بغض النظر عن الشيء الذي يكون به الانقاذ . اذ لا يختلف عاقل في وجوب حفظ النفس بتناول الطعام الحلال بأصله أو بشرب الماء .

أما هذا الخلاف فانه منحصر في جزئية واحدة هي : هل انقاذ النفس من الهلاك بالشيء المحرم عند تعيينه داخل في ذلك الوجوب المجمع عليه أم لا ؟

ونظراً لما قد يكون هنالك من تساؤل حول قيمة هذا الاجماع أثرت الإشارة الى مواضع من كتب الفقه جاءت فيها عبارات الفقهاء

(١) سورة النساء الآية رقم « ٣٠ » .

(٢) الجامع لاحكام القرآن ج ٢ ص ٢٢٦ (طبع دار الكتب) .

صريحة في وجوب الإنقاذ عند خوف التلف أو الهلاك (١) وسوف نورد كثيرا من هذه النصوص في القسم الثاني الخاص بالتطبيقات إن شاء الله تعالى .

٣١٤ - تلك هي الأسباب التي دعيت إلى ترجيح القول الأول الذي يوجب على المضطر إتيان الفعل حتى ولو كان محرما لكي ينقذ نفسه من الخطر المحقق .

وحيث رأيت ذلك ودعيت ما ذهبت إليه بأسانيد لعلها تكون كافية في تبرير هذا الاختيار فانه من المحتم بعد ذلك الرد على أسانيد المعارضين . سنتناول أولا الرد على القائلين بالإباحة مطلقا وثانيا الرد على ما ذهب إليه الحنفية من عدم الوجوب بالنسبة للجرائم المتعلقة بحقوق الغير .

أولا : الرد على المذهب الثاني القائل بالإباحة

٣١٥ - نوجز الرد على هذا المذهب في النقاط الآتية :

١ - أما قولهم : « ان الاستثناء من التحريم إباحة » فذلك مردود « بأن الإباحة تطلق بما هو أعم من الواجب .

ويدل على ذلك قولهم مباح بل فرض فلولا أن الإباحة بهذا المعنى ما صح هذا التعبير » (٢) .

(١) يراجع في الفقه الحنفى : الاختيار في شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩ .

وفي الفقه المالكي : مواهب الجليل للحطاب ج ٣ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ . التاج والاكلیل لمختصر خليل ج ٣ ص ٢٢٥ هامش مواهب الجليل : الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ١١٢ وحاشية الدسوقي عليه . وفي الفقه الحنبلى : المنى ج ٩ ص ٥٨٠ - ٥٨١ الطبعة الأولى منار .

وفي الفقه الشافعى : اسنى المطالب ج ٤ ص ١٨١ طبعة سنة ١٣١٣ هـ وحاشية الشهاب الرملى عليه .

وفي الفقه الظاهرى : المحلى ج ١٠ ص ٥٢٢ - ٥٢٣ ط أولى سنة ١٣٥٢ هـ .

(٢) مذكور المرجع السابق - ص ٤٨ .

ثم أننا لم نستفد الوجوب من الاستثناء بل إنما استفدناه من طريق آخر وهو الآيات الدالة عليه مثل قوله تعالى « ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة » .

٢ - أما ما قالوه من أن تناول المطعومات والمشروبات المحرمة عند الاضطرار إليها رخصة ، فجوابه ما قالوه هم بالاستثناء أن حالة الضرورة مستثناة من التحريم فكانت إباحة لا رخصة . وقد استفدنا الوجوب من دليل آخر فإباحة الأكل ليست من قبيل الرخص بل هو فرض لمن بلغ به الاضطرار درجة الخطورة ، وقد خاطب الجصاص الفقه الحنفى المفسر من قال بالرخصة بهذه العبارة التى يقول فيها :

« قولك إباحة الميتة رخصة للمضطر » خطأ « وذلك لأن أكل الميتة فرض على المضطر والاضطرار يزيل الحظر ومتى أمتنع المضطر من أكلها حتى مات صار قاتلاً لنفسه بمنزلة من ترك أكل الخبز وشرب الماء في جال الأمكان حتى مات كان عاصياً لله جانياً على نفسه » (١) .

٣ - أما استدلالهم بأن قوله تعالى « فإن الله غفور رحيم » مشعر بالذنب « فمردود بالآية الأخرى التى يقول الله تعالى فيها « إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم » (٢) فقد صرحت الآية برفع الاثم « ومعنى المغفرة على هذا ان لا يعتبر الفعل عزر الله والمغفرة تكون بمعنى محو الاثم عن الفعل » .

٤ - وأما ما روى عن عبد الله بن جذافة فردود من وجوه : أولاً أنه عمل صحابى وعمل الصحابى لا يعارض صريح السنة الثابتة ، فكيف يصح أن تعارض هذه القصة النصوص الصريحة فى كتاب الله العزيز وقد سبق ايراد هذه النصوص تفصيلاً .

ثانياً : ومع تعارض هذه القصة للقرآن وهذا كاف تماماً فى عدم الاعتداد بها - فإنه من الممكن توجيهها بما لا يتعارض مع ما قلناه من وجوب احياء المهجة . وذلك كما يلى :

(١) احكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٢٦ وما بعدها طبعة سنة ١٣٣٥ هـ .

(٢) سورة البقرة الآية رقم ١٧٣ .

(أ) قد يكون عبد الله بن حذافة رضى الله عنه فى حال لم تصل به الى درجة الهلاك ، وان كان مضطرا ، ذلك أن المضطرب يباح له الفعل المحرم . فاذا بلغ به الاضطراب الى درجة الهلاك وجب عليه انقاذ نفسه والا كان آثما لومات على هذه الحال . فاضطرار ابن حذافة لعله لم يصل الى حالة من الخطر المحدث المفضى الى الموت ، بدليل انه صبر وثبت على تمسكه حتى أخرجوه وقد مال رأسه من شدة الجوع ولكنه مع ذلك لم يصب بسوء .

(ب) ورد فى الصحيحين عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه كان يصوم صوم الوصال وكان ينهى عنه أصحابه ، فقد روى البخارى عن مالك عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الوصال ، قالوا انك تواصل قال « انى لست مثلكم انى أطعم وأسقى » (١) .

فلعل ابن حذافة قد فعل ذلك اقتداء ، فترك الحرام وصام صوم الوصال ثلاثة أيام . ولئن كان هذا النوع من الصيام منهيًا عنه فذلك فى حال الاختيار أما اذا وجد المؤمن — كامل الايمان — فى ظروف يجد نفسه فيها مضطرا الى أحد أمرين اما صوم الوصال واما أكل المحرمات ، فلا شك أنه اذا اختار صوم الوصال كان له أجره مرتين .

مع ملاحظة أن النبى عليه السلام لم ينه أصحابه عن الوصال الا رافة بهم واشفاقا عليهم .

(ج) ورد عن بعض الصحابة والصالحين من بعدهم أنه كان يمكث أياما طويلة لا يأكل فيها تقربا الى الله بذلك (٢) .

(١) صحيح البخارى ج ١ ص ٢٢٠ الطبعة الأولى «صحيح» .
(٢) وهذا لا اعتقادهم أن النبى صلى الله عليه وسلم نهاهم عن صوم الوصال رحمة بهم وشفقة عليهم كما جاء ذلك مبينا فى صحيح البخارى ج ١ ص ٢٢٠ . وكما هو صريح رواية عائشة رضى الله عنها فليس النهى للتحريم . بل ولا الكراهة . اذ لا يظن بهم أنهم فهموا حرمة الوصال أو كراهته . بل اهمال النبى صلى الله عليه وسلم أيامهم والعدول عن بيان التحريم أو الكراهة الى التعجيز صريح فى ذلك (هامش صحيح البخارى نفس الموضع) .

(د) وينبى على ما تقدم أن المؤمن يستطيع أن يمكث بلا طعام لمدة ثلاثة أيام من غير أن يصيبه سوء . بل ربما أمكنه أن يظل كذلك لمدة أكثر وذلك يسير على من كان يرجو الله واليوم الآخر وذكر الله كثيرا .

وهذا ما دعا بعض العلماء الزاهدين الى تفصيل القول في كيفية التقرب الى الله عز وجل بتطهير نفوسهم من كل شيء يشغلهم عنه سبحانه ، وبالزهد في الشهوات النفسانية الأرضية طمعا في المنح النورانية الربانية ، فبينوا من أجل ذلك المدة التي يستطيع المؤمن أن يمكثها بدون طعام أو شراب ، غير أن تلك المدة ليست معيارا ثابتا ، بل تتفاوت على قدر اجتهاد العبد في التقليل من أغذية الدنيا بالتدرج وفي هذا يقول السهرودي (١) «رحمه الله تعالى» «وقد قيل حد الجوع الا يميز بين الخبز وغيره مما يؤكل ومتى عيبت النفس الخبز فليس بجائع ، وهذا المعنى قد يوجد في آخر الحدين بعد ثلاثة أيام . وهذا جوع الصديقين ، طلب الغذاء عند ذلك يكون ضرورة لقيام الجسد والقيام بفرائض العبودية ، ويكون هذا حد الضرورة لمن لا يجتهد في التقليل بالتدرج فأما من درج نفسه في ذلك فقد يصير على أكثر من ذلك ... روى عن سفيان الثوري وإبراهيم بن أدهم رضى الله عنهما كانا يطويان ثلاثا ثلاثا وكان أبو بكر الصديق رضى الله عنه يطوى ستا ، وكان عبد الله بن الزبير رضى الله عنه يطوى سبعة أيام والصادق ربما يقدر على الطى اذا لم يعلم بحاله أحد ، وربما وربما تضعف عزيمته في ذلك اذا علم بأنه يطوى ، فان صدقه في الطى ونظره الى من يطوى لأجله يهون عليه الطى ، فاذا علم به أحد تضعف عزيمته في ذلك وهذا علامة الصادق فمهما أحس في نفسه أنه يجب أن يرى بعين التقلل فيتهم نفسه فان فيه شائبة النفاق ومن يطوى

(٢) هو أبو حنص عم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن عمويه واسمه عبد الله البكرى الملقب شهاب الدين بن سعد بن الحسين بن القاسم بن النضر بن القاسم بن النضر بن عبد الرحمن بن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق رضى الله عنه وله بسهرورد ونسب اليها وتوفى ببغداد سنة ٦٣٢ هـ .

لله تعالى يعوضه الله تعالى قرحا في بطنه ينسيه الطعام» (١) .

(هـ) قال عبد الله بن حذافة رضى الله عنه لطاغية الروم عندما أخرجه من حبسه : « قد كان الله أحله لى لأثنى مضطر ولكن لم أكن لاشتكت بدين الاسلام . فكان المقصد الأول الذى رمى الطاغية اليه من حبسه شتماته بدين الاسلام . باتتهاك حرمانه بواسطة دعاة الاسلام أنفسهم ، وشتماته الكافرين كانت فى قلب ابن حذافة أشد عليه من نفسه ، رضى الله عنه فينظر الى نفسه على أنها شيء هين فى سبيل حفظ كرامة دينه ، فهو حينما صبر على ما فعل انما كان مجاهدا فى سبيل الله هانت عليه نفسه فى سبيل هذا المقصد الاسمى فصبره على ما نزل به كان أهون عليه من انتهاك حرمان الاسلام أمام أعدائه . ولم يقل أحد يترك القتال خوفا عليها من القتل وما كان من ابن حذافة فهو من هذا القليل .

(١) عوارف المعارف للسهروردي ج ٢ ص ٢١٢ - ٢١٥ المطبعة الميمنية بالقاهرة بهامش احياء علوم الدين للغزالي .

ثم بين رضى الله تعالى ان الموفق لذلك وان لم ينس الطعام فان « امتلاء قلبه بالانوار يقوى جاذب الروح وينفر بذلك عن ارض الشهوة النفسانية واما اثر جاذب الروح اذا تخلف عنه جاذب النفس عند كمال طمانيتها وانعكاس انوار الروح عليها بواسطة القلب المستنير فأجل من جذب المغناطيس للحديد . اذ المغناطيس يجذب الحديد لروح فى الحديد مشاكل للمغناطيس فيجذب نسبة الجنسية الخاصة فاذا تجنست النفس بعكس نور الروح الواصل اليها بواسطة القلب يصير فى النفس روح استمدتها القلب من الروح فتجذب الروح النفس بجنسية الروح الحادثة فتترك الاطعمة الدنيوية والشبوات الحيوانية ويتحقق عنده قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « آيت عند ربى يطعمى ويسقىنى » ولا يقدر ما وصفنا الا عبد تصير اعماله واقواله وسائر احواله ضرورة فيتناول من الطعام أيضا ضرورة ولو تكلم مثلا بكلمة من غير ضرورة التهبت فيه نار الجوع التهاب الحلقاء بالنار : لان النفس الراقدة تستيقظ بكل ما يوقظها ، واذا استيقظت نزعته الى هواها فالعبد المراد بهذا اذا فطن لسياسة النفس ورزق العلم سهل عليه الطى وتداركته المعونة من الله تعالى لا سيما ان كوشف بشيء من المنع الالهية .. واعلم ان هذا المعنى من الطى والتقليل لو انه عين الفضيلة ما فات احدا من الانبياء ولكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبلغ من ذلك الى اقصى غاياته ولاشك ان لذلك فضيلة لا تنكر ولكن لا تنحصر مواهب الحق تعالى فى ذلك فقد يكون من يأكل كل يوم افضل ممن يطوى الأربعين ، وقد يكون من لا يكشف بشيء من معانى القدرة افضل ممن يكشف بها » .

(الرجع السابق ص ٢١٥ - ٢٢٠) .

هـ - وأما ما قالوه من أنه قد يكون للفطر عرَض في اجتناب النجاسة والأخذ بالعزيمة وربما لم تطب نفسه بتناول الميتة ، فتارق الحلال من هذه الوجوه .

فأرد على قولهم هذا قد سبقت الإشارة إليه مرارا ذلك أن الشيء المحرم عند الاضطرار إليه لا يعتبر حراما نجسا بل أنه طاهر (١) .

ونظرا للنصوص الكريمة الواردة في وجوب اتقاذ النفس من التهلكة فإن تناول هنا عزيمة لا رخصة كما سبق القول وعلى ذلك فيجب أن تطيب نفسه بتناول ما أحله الله في حالة الضرورة ، إذ لا فرق حينئذ بينه وبين الحلال بأصله . وإنما كان امتناعه للأسباب التي قدمناها من قبل .

ثانيا : الرد على جمهور الحنفية :

٣١٦ - بقى علينا الجواب عما ذهب إليه جمهور الحنفية . من أن الجرائم التي تتعلق بحقوق الغير تعتبر مباحة فقط عند الاضطرار إليها نظرا لحقوق الغير .

والرد على ذلك يتلخص في أن حقوق الغير محفوظة بتقرير ضمانها على من يتلفها أو يضطر إلى شيء منها ، وما دامت هذه الحقوق مضمونة ، فإن حفظ النفس أمر واجب بنص القرآن الكريم ، ولا منافاة بين الوجوب والضمان فالواجب هو حفظ النفس واتقاؤها من الهلاك . أما الضمان فهو متعلق بشيء آخر . هو المال الذي كان سببا في المحافظة على هذا الواجب مراعاة لحق مالكة فقط . ثم إن الحنفية أنفسهم قالوا إنه لا منافاة بين الإباحة والضمان . والإباحة هي الحد المشترك بين المباح والواجب ، أو أن المقصود بالإباحة هو الإذن بصفة عامة (٢) ، فكما أن الإباحة لا تنافي الضمان فكذلك الوجوب لا ينافي الضمان . كما سرى تفصيل ذلك بعد قليل .

(١) أو على حد عبارة ابن حزم التي أشرنا إليها - حينما قال : « ما أباحه الله تعالى عند الضرورة فليس في تلك الحال خبيثا ، بل هو حلال طيب لان الحلال ليس خبيثا » .

(٢) رد المختار على الرد المختار ج ٥ ص ٢٩٥ - ٢٩٦ ط سنة ١٣٩٢ هـ وفي هذا الوضع يقول ابن عابدين بالنص : « لان الإباحة للاضطرار وهي لا تنافي الضمان » .

ثانيا : اثر الضرورة في جريمة الزنا :

٣١٧ - جريمة الزنا هي احدى جرائم الحدود ، ولكنها تنفرد بحكم خاص فيما يتعلق بتأثير الضرورة فيها وفي عقوبتها ، ذلك أن الفقهاء قد ألحقوا هذه الجريمة بجريمة القتل حتى قال البعض منهم :

« ان الزنا فيه قتل للنفس بالضياع » (١) .

ولذلك فانه بناء على ما ذكره جمهور الفقهاء بخصوص الاكراه على جريمة الزنا أو الاضطرار اليها بأى طريق آخر من طرق الاضطرار يمكننى أن أقول : ان الضرورة لا أثر لها مطلقا في جريمة الزنا وسبب ذلك أنهم جعلوا الزنا متساويا مع القتل من حيث أنه لا أثر للاكراه فيه . بل ان فقهاء الشافعية نصوا صراحة على أنه :

« لو اضطرت المرأة الى طعام وامتنع المالك من بذله الا بوطئها زنا ، فانه لا يجوز لها تمكينه ، بخلاف اباحة الميتة » (٢) .

٣١ - وأما ما قد يفهم من بعض النصوص الفقهية من أنه قد يكون للضرورة أثر في عقوبة الزنا ، فهذا من وجهة نظرى ليس أثرا في الجريمة ولا في العقوبة ، فحينما قال الفقهاء لا يرخص « . معناه انعدام الأثر من حيث الاباحة ومن حيث رفع العقاب .

ولكن ما تكلم عنه الفقهاء هو من قبيل الشبهة الدارئة للحد .

وبيان ذلك أن الفقهاء بعد أن نصوا على عدم الترخيص . قالوا : فإن وقعت الجريمة . كان ذلك ذنبا كبيرا . ولكن قال الفقهاء ان الحد لا يوقع للشبهة القائمة . يقول الحصكفى :

(١) البحر الرائق ج ٨ ص ٨٤ - الدر المختار شرح تنوير الابصار ج ٥ ص ١١٦ (طبع دار الطباعة العامرة) وقد أكد ذلك فخر الاسلام البزدوى حيث قال : « وفي الزنا فساد الفراش وضياع النسل وذلك بمنزلة القتل ايضاح ٤ ص ١٥١٧ - هامش كشف الاسرار .

(٢) معنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج ح ٤ ص ٣٠٧ ط ١٣٥٢هـ / ١٩٣٣م .

« من اكراه على الزنا لا يرخص له لأن فيه قتل النفس بضياعها ولكنه لا يحد استحسانا » (١) وفقهاء المذهب الجنبلي يقولون بعدم الحد للشبهة في هذه الحالة (٢) .

٣١٩ - وعلى هذا المعنى يجب في نظري أن يفهم ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه أتى بامرأة جهدها العطش ، فمرت على راع فاستسقته فأبى أن يسقيها الا أن تمكنه من نفسها . فشاور عمر الناس في رجمها - فقال على رضى الله عنه ، هذه مضطرة أرى أن تخلى سبيلها ففعل (٣) .

فكان عليا رضى الله عنه رأى أن الاضطرار شبهة تدرك الحد ، وقد أخذ عمر رضى الله عنه بذلك . لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ادروا الحدود بالشبهات » (٤) .

٣٢٠ - وقد يقال : انك بهذا تنتهى الى أن للضرورة أثرا في عقوبة هذه الجريمة ولكننا نقول : ان هذا غير مسلم . لأن الأثر اما أن يكون اباحة أو ترخيصا وكلاهما ممتنع تماما « . أما الاباحة فهي ممتنعة اجماعا لأنه لا مجال للاباحة في الأعراض (٥) . وأما الترخيص فممنوع أيضا كما نص على ذلك الفقهاء الذين أشرنا اليهم من الحنفية والشافعية والحنابلة (٦) .

(١) الدر المختار ج ٥ ص ١١٦ .

(٢) كشاف القناع ج ٤ ص ٥٨ طبعة ١٣١٩ هـ - المغنى ج ١٠ ص ١٥٨ - ١٥٩ .

(٣) رواه البيهقي في سننه عن عبد الرحمن السلمى .

(٤) رواه البيهقي عن على رضى الله عنه مرفوعا . وتامه : « ولا ينبغي للامام أن يعطل الحدود . سبل السلام ج ٤ ص ١٥ . وقد روى من طرق كثيرة كلها لا تخلو من ضعف أو مأخذ أو مقال . ويقول الشوكانى : « وأصح ما فيه حدث سفيان الثورى عن عاصم عن ابى وائل عن عبد الله ابن : مسعود : « ادروا الحدود بالشبهات . ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم . ثم ساق عدة روايات كلها موقوفة لكنها صحيحة وقال بعد ذلك : « وما في الباب وان كان فيه المقال المعروف فقد شد من عضده ما ذكرناه فيصلح بعد ذلك للاحتجاج به على مشروعية درء الحدود بالشبهات المحتملة لا مطلق الشبهة » (نيل الاوطار ج ٧ ص ٢٧٢) .

(٥) كشاف القناع ج ٤ ص ٩٢ .

(٦) اما عبارات المالكية فهي متضاربة الى حد ما . فبينما نرى في الشرح الكبير ما يفيد الجواز نراه بعد سطور يعبر بما يدل على أن المقصود

المبحث الثالث

اثر الضرورة في المسؤولية المدنية

٣٢١ - اذا ألجىء والمضطر الى تناول طعام الغير أو ماله اللازم لدفع ضرورته فهل يجب عليه ضمان ذلك المال ؟ بمعنى أنه يكون ملزماً بتعويض الغير عما أخذه منه ، أم أنه لا ضمان عليه في ذلك ؟

للعلماء في هذه المسألة آراء ثلاثة

٣٢٢ - الرأي الأول :

وهو مذهب جمهور الفقهاء ، أنه يجب على المضطر ضمان ما تناوله من مال الغير . وضمان ما ألتفه من ماله .

وقد قال بهذا الرأي الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية .. ويتلخص دليلهم على ذلك ، في أن المضطر أخذ الشيء بغير إذن مالكة ، فكان عليه ضمانه مراعاة الحق المالك ..

وهذا عند الحنفية مطرد على قواعدهم ، ومتفق مع مذهبهم . في أن المضطر لا يجب عليه أكل مال الغير مع الضمان ، بل هو مباح فقط ، ولم يقولوا بالوجوب مراعاة لحق المالك ، واقتصروا على القول بالاباحة وهي لا تنافي الضمان عندهم (١) .

من الجواز هو الترخيص وأن صبر المرأة على الجوع والعطش أفضل لها عند الله تعالى : (ج ٢ ص ٣٥٩) . وشرح الخرشي ج ٣ ص ١٧٥ - ١٧٦ . وشرح الزرقاني (ج ٤ ص ٨٨) . ومذهب المالكية على هذا لا يصلح في نظري معارضا لمذهب الجمهور . إذ التعبير بالجواز يدل على الضعف . كما أن الرجوع عنه الى الترخيص يدل على التردد .

والحق الذي نعتقده ابتغاء وجه الله - أنه لا يمكن التسليم حتى بالتخصيص إذ كيف يرخص في اعتراف مثل هذه الجريمة البشعة التي قال عنها الفقهاء بحق أنها قتل للنفس بالضياع . على أنها قد تكون افظع في نتائجها من القتل المادي . لأنها قتل للاخلاق الكريمة وللروح المعنوية في المجتمع وقتل للنفس بالضياع والتشرد والتسول . وان عقاب القاتل بما قتل به اما الزانى المحصن فعقابه ان يرجم بالحجارة حتى يموت .

(١) حاشية ابن عابن ج ٥ ص ٢٩٥ - ٢٩٦ طبعة سنة ١٢٩٩ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢٨٨ طبعة المكتبة التجارية - حاشية الحموي على الاشباه والنظائر ص ١١٣ .

٣٢٣ - كذلك الشافعية والحنابلة وبعض المالكية يقولون بضمان مال الغير على الرغم من قولهم بالوجوب ، وقد علل ذلك بعض الشافعية بالقاعدة التي تقول « الضرر لا يزال بالضرر » (١) .

فضرر المضطر لا يزال بضرر الغير وان وجبت ازالة ضرر المضطر فانه يجب مع ذلك مراعاة عدم ضرر الغير ، وذلك لوجوب ضمان المضطر لقيمة ما أخذه من مال غيره .

أما عند الحنابلة فان ابن رجب (٢) في كتابه « القواعد في الفقه الاسلامي » قد برر القول بالضمان في هذه الحالة ، بأن المضطر قد فعل ذلك لاحياء نفسه ، وذلك مما يوجب الضمان بناء على قواعد المذهب الحنبلي ، حيث لم يصدر من المالك فعل ما يضر بالفاعل . أما لو صدر فعل ما يجعل المالك مسئولا عنه ، كما اذا لم يستطع المالك كبج جماع فرسه فهدد انسانا بضرر جسيم فدافع الأخير عن نفسه بقتل الفرس فانه لا ضمان عليه في هذه الصورة ، وهذه التفرقة مبنية على القاعدة التي تقول : « من أتلف شيئا لدفع أذاه له لم يضمنه ، وان أتلفه لدفع أذاه به ضمنه » (٣) ثم قال ابن رجب تخريجا على هذه القاعدة : « لو صال عليه حيوان ، آدمى أو بهيمة ، فدفعه عن نفسه بالقتل لم يضمنه . ولو قتل حيوانا لغيره في مخصصة ليحى به نفسه ضمنه » (٤) .

وقد علل الفرافي المالكي (٥) وجوب الضمان بقوله : « لأن اذن المالك لم يوجد وانما وجد اذن صاحب الشرع ، وهو لا يوجب سقوط الضمان (٦) ، وانما ينفى الاثم والمؤاخذه بالعقاب ، ولأن القاعدة أن -

-
- (١) مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج ج ٤ ص ٣٠٩ طبعة سنة ١٣٥٢ هـ ١٩٣٣ م .
 (٢) هو الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ .
 (٣) القواعد لابن رجب القاعدة السادسة والعشرون ويراجع في تقرير هذه المسألة كشاف القناع ج ٤ ص ١١٨ .
 (٤) المرجع السابق ص ٣٦ .
 (٥) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المتوفى سنة ٦٨٤ هـ .
 (٦) ذلك أن الشيء المملوك للشخص لا يسقط ضمانه الا بأذن الشخص الذى يملكه اما اذن الشارع فى اباحة هذا الشيء فلا اثر له فى سقوط

المملك اذا دار زواله بين المرتبة الدنيا والمرتبة العليا ، حمل على الدنيا استصحابا للملك بحسب الامكان ، واقتضال الملك بعوض هو أدنى رتب الانتقال ، وهو الأقرب لموافقة الأصل من الانتقال بغير عوض «(١)» .

٣٢٤ - الرأى الثانى :

مذهب أكثر المالكية ، وبعض الفقهاء ، على ما حكاه بعض علمائهم (٢) . ومقتضى هذا الرأى أنه لا يجب على المضطر ضمان مال الغير الذى تناوله ، اذ أن المضطر لم يتناوله الا ليسد به رفق ، حفظا لنفسه من الهلاك والتلف ، وهذا العمل فى حقيقة أمره كان واجبا على المالك ، اذن المعلوم أنه يجب على من لديه فضل طعام أن يبذله لمن هو مضطر اليه (والواجب لا يؤخذ له عوض) (٣) .

٣٢٥ - الرأى الثالث :

مذهب الظاهرية وهو أيضا مذهب بعض المالكية ومؤدى هذا الرأى التفرقة بين ما اذا وجدت المضطر - حال اضطراره - قيمة ما تناوله أو لم توجد لديه تلك القيمة فى هذه الحال .

فان وجدت معه تلك القيمة وجب عليه ضمان ما أخذ وان لم توجد معه ، فلا شئ عليه مطلقا .

= الضمان لان ذلك الاذن لم يؤثر فى سقوط الملكية وانما اقتصر اثره على تجنب الخطر الحال المحيط بالفاعل اما ما هو حق لله تعالى ، فان اذن الشارع فيه يسقط ضمانه ، ولا اثر لاذن العبد مطلقا فى هذه الصورة . وقد افاض القرافى فى بيان سبب التفرقة بين ما هو حق لله وبين ما هو حق للعبيد بتسويغه وتملكه وتفضله لا ينقل الملك فيه الا برضاهم ، ولا يصح الابراء منه الا باسقاطهم ، ولذلك لا يسقط الضمان فى اتلافه الا باذنه فى اتلافه أو فى مباشرته على سبيل الامانة ، كما أن ما هو حق لله تعالى صرف لا يتمكن العباد من اسقاطه والاراء منه ، بل ذلك يرجع الى صاحب الشرع ، فكل من الحقين موكل لمن هو منسوب له ثبوتا واسقاطا الفروق ج ١ ص ١٩٥ م .

(١) المرجع السابق . نفس الموضع .

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ١١٦ - شرح

الخرشى - حاشية العدوى عليه ج ٣ ص ٣٢٨ وما بعدها .

شرح الزرقانى وحاشية البنانى ج ٣ ص ٣٠ .

والواقع أن فى المذهب المالكى الآراء الثلاثة جميعا وان كان رأى

الأكثر أن المضطر لا يجب عليه ضمان ما أخذه اضطرارا من مال غيره .

(٣) الفروق ج ١ ص ١٩٥ م .

وفي هذا يقول ابن حزم بعد تلاوة قول الله سبحانه وتعالى : « فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فإن الله غفور رحيم » ، فإن كان المكروه على أكل مال مسلم له مال حاضر فعليه قيمة ما أكل لأن هكذا هو حكم المضطر وإن لم يكن له مال حاضر فلا شيء عليه فيما أكل لما ذكره وبالله تعالى التوفيق (١) .

ويبدو أن العلامة الزرقاني قد اختار هذا الرأي من بين الآراء الثلاثة التي هي مقررة في المذهب المالكي كما سبقت الإشارة ، وهو في هذا يقول : « وحيث أكل طعام الغير فانه يضمن قيمته ، وانما عليه قيمته ان وجدت بيد المضطر حال اضطراره ، والا فلا شيء عليه لوجوب بذل ربه له (٢) » .

٣٢٦ - هذه هي آراء الفقهاء في أثر الضرورة على مسئولية المضطر عن تعويض قيمة ما أخذه من مال الغير ، آراء ثلاثة ، ينتها بالتفصيل ، ذلك بالرغم مما قرره القرافي من وجود رأيين فقط حيث قال حكاية لهذين القولين : « أحدهما لا يضمن .. والقول الثاني يجب (الضمان) .. وهو الأظهر والأشهر » (٣) .

ولعل القرافي يقصد بالقولين فقهاء مذهبه - ولكن منع ذلك فان فقهاء المذهب المالكي مختلفون في هذه المسألة على آراء ثلاثة كما بينت ذلك تفصيلا .

(١) المحلى ج ٨ ص ٣٣٠ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٣ ص ٢٩ - ٣٠ . ومعنى ذلك النص ان المضطر يضمن قيمة طعام الغير عند بعض المالكية - وقد علق الشيخ الزرقاني بأن ظاهر العبارة وان لم تكن مع المضطر هذه القيمة . وهذا مقبول فيما اذا كان المضطر غير محتاج الى هذا الطعام بأن كان يستطيع ان يأكل الميتة مثلا .. فان فضل طعام الغير على الميتة ضمن طعام الغير في كل الظروف . أما اذا كان طعام الغير هو الوسيلة الوحيدة لتخليصه من الخطر فانه يضمن قيمة هذا الطعام ان وجدت تلك القيمة بيده خال الاضطرار . ولكن اذا لم تكن هذه القيمة موجودة معه حال الاضطرار فان المضطر لا شيء عليه مطلقا ..

(٣) الفروق ج ١ ص ١٩٥ .

ولا أجد تعليلا لما قاله القرافي الا أن الرأي الثالث القائل بالتفصيل لعله لم يظهر الا بعد القرافي رحمه الله وهذا لا يستقيم الا في نطاق المذهب المالكي فقط (١) . أو لعله لم يعتبره أو لم يقف عليه .

٣٢٧ — والرأي عندي أن الرأي الثالث هو أولى بالقبول وأدنى الى المعقول ولست في حاجة الى كبير غناء في بيان سبب اختيار هذا الرأي وترجيحه .

ذلك أنه رأى يستند الى القواعد العامة ، اذ ما دام المضطر لديه مال حاضر ، ويستطيع أن يدفع منه قيمة ما أخذه من غيره تحت حكم الضرورة (٢) ، فما الذي يمنعه من دفعها في الحال — في حين أنه يملك مالا يستطيع الوفاء منه مستقبلا فما المانع من الوفاء عندما يمكن ذلك ؟ .

ان أبسط مبادئ العدالة تقضى بهذا القول من غير تردد . وان القول بغير ذلك يؤدي لا محالة الى أكل أموال الناس بالباطل وهو منهي عنه بصريح النص (٣) . خصوصا وأن أموال الناس معصومة الا بخفها فكيف تستباح بلا عوض ولا مقابل من غير ضرورة داعية الى ذلك ؟ نعم أوجبنا على المضطر أن يأخذ من مال غيره ما يكون لازما لدفع ضرورته ، بغير إذن المالك ، ولكن لهذا المالك حقوق على ملكه ، يجب ألا تهدر بغير حق ، ما دام المضطر قادرا على دفع التعويض في الحال أو في المال ، بأن كان لديه ما يستطيع الوفاء منه في المستقبل .

أما اذا لم يكن المضطر مالكا لقيمة ما أخذ — في حال الاضطرار — فانه على الحقيقة يكون له حق فيه ، وهو واجب على الجماعة أدائه ، فان لم تقم الجماعة بواجبها ، كان للمضطر أن يدفع عن نفسه الخطر

(١) ذلك أن ابن حزم القائل بالتفصيل ، توفي سنة ٥٦٦ هـ في حين أن القرافي توفي سنة ٦٨٤ هـ .

(٢) قد يقال : كيف يكون للمضطر مال حاضر ويضطر الى مال غيره ؟ والجواب .. أن الشخص كثيرا ما يكون لديه أموالا طائلة ، ولكنه مع ذلك يقع تحت ظروف قهرية يجد نفسه معها في حالة تهدده بخطر جسيم ان لم يتناول طعاما من غيره ولا يتيسر له الانتفاع بأمواله في ذلك الظرف .

(٣) يقول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » .. (سورة النساء الآية رقم « ٢٩ ») .

الجسيم الذى يهدده ، بأى وسيلة ممكنة . . ولو كان ذلك بمال فرد من أفراد هذه الجماعة ، لأنه واحد منها وفضلا عن ذلك فان المالك عليه أن يقوم بتقديم ما يسد رمق الجائع وهو واجب عليه بالاجماع فيما لو كان هو الوحيد الذى يعلم بحالة المضطر وسوف تتناول أصل هذا الواجب فى موضعه ان شاء الله . وما دام المضطر لا يملك قيمة ما أخذ فلا شئ عليه لأنه لم يأخذ الا حقا من حقوقه (١) .

(١) الأستاذ محمد سلام مذكور قد ايد ما راه القرافي من ترجيح الراى الثانى القائل بالضمنان . الا انى فى الحقيقة ارى أن سيادته قد انتهى فى عبارته الى تأييد الرى الثالث القائل بالتفصيل .

حيث يقول : « ونحن نؤيد وجهة القرافي فى ترجيح القول الثانى ، محافظة على حق كل من الجانبين ، الأخذ والمأخوذ منه ، ونقول انه اذا أمكن أن تذهب الحاجة بدفع الحق ، فما المقضى بعدم الدفع وقولهم ، ان الدفع واجب والواجب لا يؤخذ له عوض غير مسلم ولا مطرد ، ولم لا يقال انه يجب عليه أن يعطيه ما يحتاج اليه مما يفيض منه بالعوض مادام المال موجودا ، وعلى فرض عدم وجود المال فليكن ديننا فى ذمته بدفعه عند الميسرة ، فان لم يجده فان الضرورة اذا تبرر عدم الدفع » .

الفصل الثاني

آثار الضرورة في القانون المقارن

٣٢٧ - تختلف التشريعات الوضعية في نظرها الى حالة الضرورة، فبعض هذه التشريعات - ينظر الى حالة الضرورة على اعتبار أنها سبب من أسباب الاباحة (١) ، وبعضها يعتبر حالة الضرورة من موانع العقاب (٢) ، كما أن هناك تشريعات أخرى لم تقرر حالة الضرورة بنص صريح .

وفيما يلي سنتناول في عرض سريع أثر حالة الضرورة في بعض هذه التشريعات .

(١) أسباب الاباحة : هي « أحوال يبيح فيها القانون لبعض الأفراد ما يحرمه على غيره لاعتبارات خاصة بهم وحدهم ، وفي حدود بينها وسميت هذه الأحوال بأسباب الاباحة ،

Causes de Justification ou faits justificatifs

لما يترتب على تحقيقها من اباحة الفعل في الظروف التي وقع فيها وتسمى ايضا بالأسباب المادية لعدم المسؤولية

Causes de non culpabilité objectives.

لأنها تبيح الفعل نفسه فهي تؤثر ماديا فيه .

(الدكتور على أحمد راشد - مبادئ القانون الجنائي رقم ٤٧٢ - ٤٧٣ ص ٤٢٨ وما بعدها - القاهرة ١٩٤٨ - الدكتور محمود مصطفى - المرجع السابق ص ٦٩ وما بعدها .

(٢) موانع العقاب . وتسمى بالأسباب المانعة من المسؤولية وهي « الأحوال التي لا يزول فيها وصف الجريمة عن الفعل » بل تظل له حقه الجريمة من الناحية المادية ، أي أنها أسباب شخصية لا تؤثر في ذات الفعل وإنما تحول دون عقاب الفاعل ولذلك فإنها تسمى ايضا بالأسباب الشخصية لانعدام المسؤولية الجنائية .

Causes de non culpabilité subjective

الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل - المرجع السابق : الدكتور على أحمد راشد - المرجع السابق ص ٥٣٢ رقم ٦٧٠ - الدكتور محمود نجيب حسنى - المرجع السابق رقم ٢ ، وما بعده ص ٦٠٧ وما بعدها .

٣٢٨ - اثر حالة الضرورة في قانون العقوبات الفرنسى :

ليس في قانون العقوبات الفرنسى نص عام يختص بحالة الضرورة (١) . ولعدم وجود مثل هذا النص ، فان الفقه والقضاء الفرنسيين اتجها الى المادة ٦٤ من قانون العقوبات الفرنسى فتوسعوا في فهمها وبسطوه الى كل ما يتعلق بحالة الضرورة باعتبارها من أسباب الاباحة - فقد نصت المادة ٦٤ ق . ع . ف . على ما يأتى :

«Il n'y nicrime, nidelit, lorsque la prévenu» était en état de démençe au temps de l' action, «ou lorsqu' il a été contraint par une» force à la quelle n'a pu résister.

فهذه المادة تفيد أنه لا توجد جريمة عندما يكون المتهم في حالة جنون لحظة ارتكاب الفعل أو عندما يكون مكرها بقوة ليس في امكانه مقاومتها (٢) .

وظاهر أن نص المادة ٦٤ ع . ف . لم يتكلم صراحة عن حالة الضرورة فكان ذلك سببا للجدل الشديد واختلاف التفسيرات غير أن « المحاكم تشيا مع دواعى المصلحة العملية توسعت في التفسير ، وأدخلت في مدلول القوة التى لا يمكن مقاومتها كثيرا من حالات الضرورة (٣) .

٣٢٩ - أما الشراح فقد اختلفت وجهات نظرهم في ايجاد سند قانونى لاعتبار حالة الضرورة من أسباب الاباحة .

خصوصا وأن المادة ٦٥ ع . ف . تقرر أنه لا يعذر الشخص في ارتكابه جريمة جنائية أو جنحة ، ولا تخفف عنه عقوبتها الا في الحالات التى نص عليها القانون .

(١) الدكتور ادوارد توفيق - في رسالة بالفرنسية السابق الاشارة اليها - ص ١٠ .

(٢) مع ملاحظة ان صيغة المادة ٦٤ ق . ع . فرنسى . فيها تجاوز لان الجنون من موانع المسؤولية ليس من أسباب الاباحة .

(٣) الدكتور ادوارد توفيق المرجع السابق ، ص ١١ هامش (١) .
(٣) الدكتور محمد مصطفى القللى - المرجع السابق - ص ٤٣١ -

٤٣٢ .

رسالة الاستاذ مارشان ص ١٢٩ - وما بعدها دوندييه دى فابر
بند ٣٩٨ .

ولذلك فالتا نرى الأستاذ هوجينى L'ouis HUGUENEY يقرر أن تفسير الحصر المذكور ، هو فى الواقع مفروض فى مواد العقاب أو التجريم ولكن يجب ألا يكون مفروضا فى مواد الاباحة ، وقد برهن على رأيه هذا بأن الشخص يستطيع أن يتوسع من غير تردد فى المقصود من « أداء الواجب القانونى order de la loi — وفى المقصود من الدفاع الشرعى légitime défense وذلك رغم الحدود الضيقة جدا للمادتين ٣٢٧ ، ٣٢٨ من قانون العقوبات الفرنسى وتبعاً لذلك فانه يجب أن تتبع نفس الطريقة — هنا — فتتوسع فى المقصود من حالة الضرورة وتتوسع فى الحلول الخاصة التى وضعها القانون لبعض هذه الحالات (١) . ثم انتهى هوجينى الى أنه يجب مراعاة هذه القاعدة : وهى : أنه لا توجد جريمة عندما تكون مخالفة القانون مرتكبة فى حالة الضرورة (٢) أما الأستاذ دونديه دى فابر فانه يرى أن الصفة الكامنة فى حالة الضرورة والتى من شأنها اباحة الفعل المكون للجريمة عند قيام تلك الحالة ، مردها الى التقليد المتبع فى مختلف مواد قانون العقوبات ، والذي حدد الفقه أثره بصفة عامة (٣) .

٣٣٠ — ومع ذلك فان كثيراً من الشراح الفرنسيين ينادى بضرورة معالجة الضرورة بنص خاص فى قانون العقوبات (٤) .

وهنا ما حققه مشروع قانون العقوبات الفرنسى حيث تضمن نصاً خاصاً بحالة الضرورة هو نص المادة ١٢٦ من هذا المشروع (٥) .

(١) من المعلوم أن قانون العقوبات الفرنسى لا يتضمن نصاً عاماً بحكم نظرية حالة الضرورة . وعلى ذلك ، فلعل المقصود بالحلول الخاصة هنا ما نص عليه قانون العقوبات الفرنسى من مواد تتعلق ببعض الحالات الخاصة للضرورة . مثل حالة الدفاع الشرعى فى ٣٢٨ ، وحالة قتل الحيوان بدون ضرورة ، مما قد يشير اليه فى موضعه .

L. HUGUENEY. Cours de droit criminel. P. 79.

(٢)

Recueil Dalloz 1986 - 2 - 47.

(٣)

Revue pénitentiaire 1901 P. 80.

(٤) ومن هؤلاء جارسون .

Aboaf, L' état de nescience et la responsabilité. These paris 1941, P. 176 - HUGUENEY (L) Etat de nescience ou ignorance de la loi, Revue de Science criminelle et de droit penal comparé, 1941, P. 188.

(٥) تنص المادة ١٢٦ من مشروع قانون العقوبات الفرنسى على

ما يأتى :

«L' exemption de peine s' appliquera au cas où, en» dehors de l' état de

٣٣١ - وهكذا رأينا أن قانون العقوبات الفرنسى لا يتضمن نصا خاصا يحكم حالة الضرورة .

وقد انتهينا الى أن الشراح هنالك استقروا على اعتبار حالة الضرورة، من أسباب الإباحة . اما على أساس التوسع في فهم مدلول الإباحة . واما بناء على التوسع في فهم الحلول التى وضعها القانون الفرنسى نفسه ، بالنسبة لبعض حالات خاصة مثل حالة الدفاع الشرعى المنصوص عليها فى المادة ٣٣٨ (ق.ع.ف.) والمادتين ٤٥٣ ، ٤٥٤ (ق.ع.ف.) الخاصتين بقتل الحيوان عند الضرورة وغير ذلك من الحالات الخاصة الأخرى (١) .

légitime défense, prévu a l'article 112 du present code ne l'infraction aura constitué l'acte nécessaire pour détourner de soi même ou d'autrui au d' un bien» appartenenant a soi - même ou à autrui un peril grave, imminent, non autrement evitable, pourvu qu'il n'y ait» pas disproportion entre le mal à eccarter et la mesure prise «pour le prévenir».

(١) مثل المادتين ٢٧٤ ، ٢٧٥ من قانون العقوبات الفرنسى . وايضا المرسوم بقانون الصادر فى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٣٩ الخاص بالأسرة الفرنسية والمواليد الفرنسيين ، وهو يشتمل على تطبيق لحالة الضرورة باعتبارها سببا من أسباب الإباحة وذلك فى المادة ٨٧ من هذا المرسوم بقانون . وهى المادة التى يستفاد منها إباحة الاجهاض فى حالة الضرورة بشرط أن تقوم لجنة مكونة من أطباء وجراحين بفحص الحالة ، فاذا ثبت لديهم أن حياة الأم مهددة بخطر جاز اجهاضها . (ادوارد توفيق - المرجع السابق - ص ٢١١ ، ١٢ ، ١٣ هامش ١٠ وعلى الأخص ص ٢١ حيث يقول :

L' opinion dominant dans la doctrine française considère l'état de nécessité comme fait justificatif”.

ومع ذلك فقد وجد من الشراح الفرنسيين من يرفض حالة الضرورة . فقد أشار فورييه فى رسالته المشار إليها ص ١٢٤ فقرة رقم ٢١٢ الى الشارحين Chauveau et Hébi فى كتابهما Theorie du coole pensil حيث قالوا برفض حالة الضرورة باعتبارها مبررا قانونيا لانه مبدأ خطير وفاسد وفى الأخذ به تجاهل للقانون . وقد استند فى ذلك الى القاعدة التى تقول : «Necessit non halbit legem»

الظروف المخففة ، تغنى عن القول بوجود حالة الضرورة وانتهيا الى التمسك بنص المادة ٦٤ من قانون العقوبات الفرنسى ، الذى لم يذكر البؤس والجوع الشديد من أنواع القوة التى لا يمكن دفعها .

وأخيرا فإن مشروع تنقيح قانون العقوبات الفرنسى قنن ما وصل إليه الشراح فى هذا الصدد . حيث اعتبر حالة الضرورة من أسباب الإباحة ، كما هو الحال بالنسبة للدفاع الشرعى .

هذا ويلاحظ أن قانون العقوبات البلجيكى نص على الضرورة فى المادة ٧١ منه . وهو ذات نص المادة ٦٤ من قانون العقوبات الفرنسى . وموقف الشراح البلجيكيين من التوسع فى معنى المادة ٧١ (ق . ع . بلجيكي) هو تماما كموقف الشراح الفرنسيين من نص المادة ٦٤ من قانون العقوبات الفرنسى دون تمييز بينهما على الإطلاق (١) .

اثر الضرورة فى القانون الايطالى :

٣٣٢ - أما المشرع الايطالى فقد تفادى النقص الموجود فى القانون الفرنسى حيث نص فى قانون العقوبات الصادر سنة ١٨٨٩ فى مادته التاسعة والأربعين على ما يأتى :

« N'est pas punissable celui qui a « commis le fait s' il a été contraint par la nécessité de se sauver lui-même, ou un tiers, d'un péril » grave et imminent intéressant la personne, péril « qui n'était par la conséquence d'un acte Volontaire » de sa part et qui ne pouvait être autrement évité »

وهذه المادة هى المصدر الذى استمد منه المشرع المصرى نص المادة (٥٦) من قانون العقوبات المصرى الصادر سنة ١٩٠٤ وهى بعينها نص المادة (٦١) من قانوننا الحالى (٢) .

ومن الواضح ان الحجة الاولى وهى القاعدة التى تقول : « الضرورة لا تغفر قانونا هى حجة عليهم لان معناها ان الضرورة لا تنقيد بنصوص القانون الجامدة . فهى تلتفى نص التجريم ، او على الأقل تمنع تطبيق العقوبة المقررة فى القانون ثم تولى فورييه الرد عليهما قائلا : « ان هذا متمسك بحرفية القانون ووقوف عند النطاق الضيق للمواد . وفى ذلك اهمال لما هو معروف ومسلم من وجود مبادئ قانونية عامة تسود القانون المكتوب وتحكمه . (فورييه المرجع السابق - بند ٢١٣ ص ١٢٥ وما بعدها) .

(١) فورييه - المرجع السابق بند ٢٩٢ ص ١٧٢ .
(٢) ولذلك فقد حرصت على ذكر النص الفرنسى للمادة ٤٩ ع ايطالى . ويستبين جليا من النص العربى للمادة ٦١ ع مصرى مدى انطباق النصين تماما .

غير أن المشرع الايطالى لم يعتبر حالة الضرورة سببا من أسباب الاباحة ولكنه اعتبرها مانعا من موانع العقاب فقط كما هو ظاهر صدر النص الذى يقول : «N'est pas peenissable»

٣٣٣ - وقد قرر بعض الشراح أن المشرع الايطالى قد اعتبر حالة الضرورة من أسباب الاباحة (١) ، وذلك فى قانون العقوبات الذى صدر فى سنة ١٩٣٠ فى المادة ٥٤ منه (٢) .

ولكن الذى بدأ لى بعد مراجعة نص المادة ٥٤ من قانون العقوبات - الايطالى الصادر فى سنة ١٩٣٠ أن موقف المشرع الايطالى لم يتغير بصدد هذه المسألة .

تعم قد تغير موقفه بخصوص مسائل أخرى ، حيث لا يهمننا ذكرها . .
أما فيما يتعلق بأثر حالة الضرورة فإن قانون سنة ١٩٣٠ قد اعتبرها أيضا مانعا من موانع المسؤولية كما فعل قانون سنة ١٨٨٩ وليست أسباب الاباحة .

ولا أدل على ذلك من نص المادة ٥٤ ع - ايطالى حيث أجد نفسى مضطرا الى ايراد صدر الفقرة الأولى من هذه المادة الخاصة بأثر حالة الضرورة حيث تقول :

«N'est pas peenissable celui qui a commis le fait parce qu'il y a été contraint par la nécessité de se préserver ou de préserver autrui du danger actuel d'un grave dommage pour la personne, ... etc».

=
ويراجع فى ذلك : رسالة المسيو الأستاذ بول فوربيه التى سبقت الإشارة إليها ص ١٧٤ رقم ١٨٦ - الدكتور محمد مصطفى القبلى المرجع السابق - ص ٤٣٢ . ورسالة الدكتور ادوارد توفيق - المرجع السابق - ص ١٦ هامش ٢٠ - الدكتور محمود مصطفى المرجع السابق ص ٣٢٦ فقرة ٣٣٠ هامش (١) .

(١) الدكتور محمود مصطفى - المرجع السابق ص ٧٤ هامش (١) ونفس المؤلف طبعة سنة ١٩٦٤ رقم ٧٤ ص ١١٦ .
(٢) هذا القانون الجديد صدر فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ واصبح سارى المفعول فى ١ يولية سنة ١٩٣١ م .

فكما أن المادة ٤٩ من قانون ١٨٨٩ استعملت عبارة

«N' est pas punissable»

ومعناها لاعتقاب على من ارتكب . . أولا يعاقب من ارتكب «الخ»
فكذلك المادة ٥٤ من قانون سنة ١٩٣٠ استعملت نفس العبارة ، وهي
تقطع بأن حالة الضرورة ليست الا مانعا من موانع العقاب ، اذ لو كان
المشرع الايطالى يريد أن يعتبر حالة الضرورة من أسباب الاباحة لاستعمل
عبارة (١) «il n' y a ni crime, ni delit»

اثر حالة الضرورة في القانون السويسرى :

٣٣٤ — وكذلك المشرع السويسرى نص على القاعدة العامة التى
تتعلق بنظرية حالة الضرورة ، وذلك فى المادة ٣٤ من قانون العقوبات
الصادر فى سنة ١٩٣٨ .

ولكن المشرع السويسرى أيضا جعل كل ما لحالة الضرورة من
أثر مترتبا على اعتبارها مانعا من موانع العقاب فقط ، وليست من
أسباب الاباحة كما قد يبدو فى بعض الأحيان .

ولا أدل على ذلك من عبارة هذه المادة التى بعد أن نصت على انواع
الخطر وشروطه قالت : « هذا الفعل لا عقاب عليه » .
«Cet acte ne sera pas punissable»

ويبدو أن بعض القوانين الحديثة قد سلكت هذا المسلك فى اعتبار
حالة الضرورة مانعا من موانع العقاب .

ومن هذه القوانين القانون البولونى الصادر سنة ١٩٣٢ فى المادة
٢٢ منه ، والقانون اليوغسلافى الصادر سنة ١٩٢٩ فى المادة «٢٥» منه
ومنها أيضا قانون رومانيا الصادر سنة ١٩٣٧ فى المادة «١٣١» منه وقانون
الدانمارك الصادر سنة ١٩٣٠ فى الرابعة عشر .

اثر حالة الضرورة فى القانون الاسبانى :

٣٣٥ — وهناك تشريعات نادرة تنص على اعتبار حالة الضرورة من
أسباب الاباحة .

(١) رسالة الدكتور ادوارد توفيق — السابق الاشارة اليها — وهو
يصدد بيان موقف القانون المصرى ص ١٥ .

ومن هذه التشريعات قانون العقوبات الأسباني الصادر في سنة ١٩٨٠م ويمتاز هذا القانون عن سائر التشريعات الأوربية بأنه ينظر الى الفعل المرتكب تحت حكم الضرورة على أنه عمل مشروع ، فهو ينظر الى الفاعل نظرة تختلف عن سائر التشريعات الأوربية التي تعتبر الفاعل انه اقترف عملا اجراميا ولكنه اعفى من العقاب لما لهذه الظروف من تأثير على ارادته أعفته من تحمل المسؤولية الجنائية عن فعله .

أما قانون العقوبات الأسباني فإنه ينظر الى الفاعل على انه لم يقترب جرما على الاطلاق ، وهذا ما يستفاد صراحة من نص المادة (٦٠ ع . أسباني) حيث تقول :

Ne commet pas non plus de délit celui qui, pour éviter un mal personnel ou visant un tiers et concernant la santé la vie, l'honneur, la liberté ou les interets, exécute un fait produisant un dommage à la propriété ou aux droits d'autrui. (١).

« لا يرتكب أى جريمة هذا الذى يقع منه عمل غير مشروع من أجل أن يتجنب ضررا شخصيا متعلقا بالصحة أو الحياة أو الشرف أو الحرية أو المصالح .. » متى تحققت بقية الشروط التى ذكرها النص .

اثر الضرورة فى القانون الألماني :

٣٣٦ - ويبدو من نص المادة ٥٤ من قانون العقوبات الألماني الصادر سنة ١٨٧٠ أن حالة الضرورة من موانع العقاب ، حيث تنص على عدم عقاب من يرتكب جريمة لأجل أن يتفادى بها خطرا حالا يهدد حياته أو سلامة جسده أو حياة أو سلامة جسم أحد أقاربه « (٢) » .

ومشروع قانون العقوبات للإمبراطورية الثانية لم يأت بجديد فيما يتعلق بأثر حالة الضرورة (٣) .

(١) تراجع الترجمة الفرنسية لهذا النص فى رسالة الأستاذ فورييه - المرجع السابق - ص ١١٦ - فقرة ٢٧٧ .

(٢) الدكتور : محمد مصطفى القللى - المسؤولية الجنائية - ص ٤٣٢ - الطبعة ١٩٤٥ وبوجه خاص رسالة الدكتور ادوارد توفيق - المرجع السابق - ص ١٣ .

(٣) الا فيما يتعلق بمد اثر حالة الضرورة الى الخطر الذى يهدد الاموال (ادوارد توفيق - المرجع السابق - ص ١٣ ، دى فابر - دراسة قانون العقوبات ص ٢٤ رقم ٤ .

أما فيما يتعلق بقانون العقوبات الوطنى ... فقد سادت فيه فكرة حماية العنصر الألمانى والدفاع عن مصالح الناس الحيوية (١) . ولذلك فإنه ليس غريبا أن ينص هذا القانون على القاعدة العامة المتعلقة بحالة الضرورة ، معتبرا إياها سببا من أسباب الإباحة ، الا فيما يتعلق ببعض المسائل الاستثنائية حيث نص هذا القانون على أنه : يكون فى حالة ضرورة أى شخص يرتكب عملا معاقبا عليه قانونا لأجل أن يبعد عن نفسه أو عن غيره خطرا حالا ليس فى امكانه تجنبه بأى وجه ، اذا كان ذلك طبقا لتقدير سليم من الناس ، وليس من المحتم عليه أو على الشخص المهدد تحمل الضرر .

« اذا كان المال المهدد لا مثيل له بالنسبة للمال المضحي به ، فان الفعل لا يكون مخالفا للقانون .. والا ، فان الفعل يكون مخالفا للقانون ولكنه معتبر .. » (٢) .

فالقاعدة العامة فى قانون العقوبات الألمانى ..

ان حالة الضرورة من أسباب الإباحة (٣) ولكن فى بعض الحالات النادرة المتعلقة بجرائم الأموال ، تعتبر الضرورة من موانع العقاب كما اذا كان المال المصاب أقل أو متساويا مع المال المهدد (٤) .

اثر الضرورة فى القانون السوفيتى :

٣٣٧ - قانون العقوبات السوفيتى القديم الصادر سنة ١٩٠٣ فى المادة ٤٦ منه يعترف بحق الشخص فى حالة الضرورة أن يأتى بالفعل الذى من شأنه أن يجنب نفسه أو سلامته جسمه أو ماله (من الخطر) الذى يهدد هذه الأمور .

ذلك أن سلامة هذه المصالح المختلفة تبيح ارتكاب جريمة الضرورة .

Le salut de ces devirs intérêts justifiait l'acte necessaire (١).

(١) دوندييه دى فابر .

La politique criminelé des Etats autoritaires P. 92.

(٢) النص الحرفى لهذه المادة مترجما بالفرنسية فى رسالة الدكتور ادوارد توفيق المرجع السابق ص ١٣ - ١٤ .

(٣) رسالة الدكتور ادوارد توفيق - المرجع السابق ص ١٩ - ٢٠ .

(٤) كما يستفاد ذلك من صراحة النص .

(٥) رسالة المسيو الأستاذ فورييه - المرجع السابق ص ١٧٥ .

٣٣٨ - أما قانون العقوبات السوفيتى الصادر فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٦ فانه قصد فى الواقع أن يكون المثل الأعلى فيه هو ، حماية الدولة الاشتراكية من الأخطار الاجتماعية (١) .

ولذلك فأننا نرى أن هذا القانون قد وسع فى نطاق أسباب الإباحة، حيث خول للقاضى سلطة الفصل فى تطبيق نص التجريم أو تعطيله واعتبار الفعل أو الامتناع مباحا . « فقد نص فى المادة السادسة منه على أنه مع وجود نص فى القسم الخاص من قانون العقوبات يقضى بتجريم الفعل فإن هذا الفعل لا يعد جريمة اذا تجرد من الخطر الاجتماعى بسبب قلة أهميته الظاهرية وتختلف النتائج الضارة .. » (٢) .

٣٣٩ - ومع ذلك فإن للقاضى مقابل هذا - سلطة أخرى نصت عليها الفقرة الأولى من المادة السادسة من القانون الروسى حيث تخول له سلطة التجريم فيما يعد خطرا على النظام السوفيتى (٣) .

وعلى ذلك فإن هذا القانون قد اقام حالة الضرورة على أساس موضوعى شأنها فى ذلك شأن الدفاع الشرعى ، أو أن الضرورة تعتبر على هذا من العموم بحيث تشمل حالة الدفاع الشرعى . وقد نص القانون السوفيتى على ذلك فى المادة ١٣ منه (٤) .

فحالة الضرورة فى قانون العقوبات السوفيتى هى من أسباب الإباحة من غير شك ..

والمادة السادسة من قانون سنة ١٩٢٦ المشار إليها أصبحت المادة السابعة من قانون العقوبات الروسى الصادر سنة ١٩٦٠ . وكذلك المادة ١٣ من قانون - سنة ١٩٢٦ أصبحت المادة « ١٤ » من قانون سنة ١٩٦٠ م .

(١) هذا ما يستفاد من نص المادة الأولى من هذا القانون ، مشار إليها فى رسالة المسيو فوربيه - المرجع السابق ص ١٧٥ .

(٢) الأستاذ الدكتور محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٧٥ فقرة ٧٢ .

(٣) المرجع السابق - نفس الموضع - هامش (١) .

(٤) المسيو فوربيه المرجع السابق ص ١٧٦ فقرة ٢٨٦ .
(م ١٧ - نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى)

اثر حالة الضرورة في القانون المصرى :

٣٤٠ - رأينا أن معظم التشريعات الأجنبية عالجت نظرية الضرورة وذلك بوضعها سوفا مختلفا تحكم النظرية بصفة عامة .

وعرفنا أن معظم هذه التشريعات يعتبر حالة الضرورة مانعا من موانع العقاب وأن قليلا من هذه التشريعات يعتبرها سببا من أسباب الاباحة .

ورأينا أن القانون الفرنسى لم يضع نصا عاما يحكم حالة الضرورة وان الفقه الفرنسى قد استقر على اعتبار حالة الضرورة من أسباب الاباحة .

والآن نريد أن نعرف ما هو موقف المشرع المصرى من حالة الضرورة وسط هذه التشريعات ؟

٣٤١ - من المعلوم أنه قبل سنة ١٨٨٣ كانت الشريعة الاسلامية هى التى يسود تطبيقها فى مصر ..

وفى سنة ١٨٨٣ صدر أول قانون وضعى للعقوبات فى مصر وكانت المادة ٦٥ من هذا القانون تنص على أنه : « اذا أكره المتهم على فعل جنائية أو جنحة بقوة لا يستطيع مقاومتها ، فلا يعد ما وقع منه جنائية أو جنحة » .

وظاهر أن هذا النص مأخوذ من المادة ٦٤ من قانون العقوبات الفرنسى وكان من الممكن للفقه والقضاء أن يطورا هذا النص ، أو بمعنى أدق أن - يتوسعا فى فهم مدلول الاكراه .. كما فعل الفقه والقضاء الفرنسيين ، وبهذا نكون قد وصلنا الى أن هذا النص يعتبر هو القاعدة العامة التى تحكم النظرية حكما يتفق مع ما هو مقرر فى الشريعة الاسلامية من أن حالة الضرورة من أسباب الاباحة ..

ولكن الفقه انتقد هذا النص من عدة وجوه ، منها أنه يخالف مقصود الشارع فى دلالة على ازالة الوصف الجنائى عن الفعل بالكلية (١) .

(١) الدكتور السعيد مصطفى - المرجع السابق ص ٤٥٠ .

ولذلك فقد تنبه واضعوا قانون سنة ١٩٠٤ الى عيب النص القديم - كما بدا لهم في ذلك الوقت - فصاغوا النص الخاص بحالة الضرورة وهو نص المادة ٥٦ من هذا القانون الذى يقول : « لا عقاب على من ارتكب جريمة الجأته الى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ، ولم يكن لارادته دخل في حله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى » .

وقد أخذ هذا النص مباشرة من المادة ٤٩ من قانون العقوبات الايطالى الصادر سنة ١٨٨٩ م (١) ونص المادة ٥٦ السابق هو بعينه نص المادة ٦١ من القانون الحالى .

٣٤٢ - ومن صيغة المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى يظهر أن أثر حالة - الضرورة مقصور على منع العقاب عن الفاعل ليس الا ففى على هذا من موانع العقاب .

وهذا هو التفسير الحرفى لظاهر نص القانون المصرى مثله فى ذلك مثل القوانين الأخرى التى عبرت عن أثر الضرورة بعباراة لا عقاب وهو ما عليه جمهور الشراح فى مصر .

٣٤٣ - وذهب رأى معاصر الى أن الضرورة تعتبر طبقا لنص المادة ٦١ ع م سببا من أسباب الاباحة بناء على الاعتبارات الآتية :

أولا : تستند الضرورة الى الصراع بين المصالح ، واباحة التضحية بالمصلحة الأقل أهمية فى سبيل مصلحة أخرى تتفق مع غيرها من أسباب الاباحة مما يجدر معه اطفاء صفة الاباحة على الجريمة التى ترتكب بسبب هذه الضرورة .

(١) وقد سبق ايراد النص الفرنسى للمادة ٤٩ المشار اليها ص ٢٧٧
فقرة ٢٣٨ .

ويراجع ايضا الدكتور محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣٢٦
FREDERIC M. GOADBY, هامش (١) .

Commentary on Egyptian Criminal law, and the related Criminal law of Palestine, Gypres, and Iraq part I P. 135.

ورسالة الدكتور ادوارد توفيق المرجع السابق ص ١٦ هامش (٢١) .
ورسالة المسيو فورييه السابق الاشارة اليها ص ١٧٤ فقرة ٢٨٦ .
الدكتور القللى - المرجع السابق - ص ٤٣٢ .

ثانيا : لا أدل على ذلك من أن القانون قد أجاز حالة الضرورة حماية لمصلحة الغير . ولم يقصرها على حماية مصلحة الجاني ويؤكد هذا المعنى أن القانون قد شرع الضرورة حماية لمصلحة أجدر بالرعاية من المصلحة المضحية بها .

ثالثا : اشترط القانون التناسب بين المصلحة المحمية والمصلحة المضحية بها وهو ما يفيد أن المشرع قد أضفى حمايته على المصلحة الأعلى (١) .

٣٤٤ - وقد تناول هذا الرأي ما يستند اليه جمهور الشراح في مصر من أن حالة الضرورة تعتبر من موانع العقاب (٢) طبقا لنص المادة ٦١ بالرد فقال :

أولا : الاعتماد على عبارة لا عقاب ليس حاسما : الا اذا كان المشرع نفسه قد التزم الدقة في عبارات نصوصه . فمن مظاهر عدم الدقة التي شابت هذه النصوص انه استعمل تعبير لا جريمة في المادة ٦٣ عقوبات التي تنص على أحد موانع المسؤولية . كما أن المشرع نفسه استعمل تعبير لا عقاب بالنسبة للدفاع الشرعي وهو أحد أسباب الإباحة . وأمام هذا الموقف فلا مناص من تكييف حالة الضرورة وفقا للمنهج العلمي البحت واعتبارها من أسباب الإباحة دون التقييد بظاهر عبارات النص .

ثانيا : ان التعويض الذي أجازته القانون المدني بناء على حالة الضرورة ليس مبينا على فكرة الخطأ الشخصي . فالإباحة تنفي الخطأ الشخصي وحده ولا يجوز معها الحكم بالتعويض . ولذلك رأى المشرع المدني أن المادة ١٦٣ التي تجيز الحكم بالتعويض بناء على الضرورة المترتب

(١) الزميل الفاضل الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور : الوسيط فى قانون العقوبات . ج ١ (القسم العام) ص ٣٨٢ طبعة سنة ١٩٨١ م .

(٢) لأن المشرع المصرى قد استعمل عبارة لا عقاب فى مستهل نص المادة ٦١ وهى ذات العبارة التى استخدمها فى المادة ٦٢ التى نصت على حالات الجنون والمرضى العقلى والغيوبة الناشئة عن التخدير القهرى وهى جميعا من موانع المسؤولية - كما أن - القانون المدنى (١٦٨م) قد أجاز الحكم بالتعويض فى حالة الضرورة وهو ما لا يتفق مع اعتبارها سبب إباحة . ثم ان ارادة المضطر لا تكون متوافرة مما يجعله فى حالة اكراه معنوى ينفى عنه المسؤولية الجنائية .

على الخطأ الشخصى لا تسعف وحدها فى تقرير مبدأ التعويض استثناء من القواعد العامة فى المسئولية الشخصية • وذلك باعتبار أن المجنى عليه فى حالة الضرورة هو شخص برى •

وأكثر من هذا فانه اذا كانت الضرورة مانعا من موانع المسئولية ، لوجب الحكم بالتعويض على من توافر لديه المانع طبقا لمبدأ وحدة الخطأين الجنائى والمدنى أى أنه حين ينتفى الخطأ الجنائى ينتفى أيضا الخطأ المدنى مما يستتبع القول بأن التعويض المبني على حالة الضرورة المستندة على فكرة الخطأ ••

ثالثا : ليس صحيحا أن المادة ٦١ عقوبات قد انصرفت الى الاكراه المعنوى فالواضح من عباراتها انها مقصورة على حالة الضرورة وحدها • وحكم الاكراه المعنوى مستخلص من القواعد العامة لأنه يضعف ارادة المكره فلا يتوافر لديه الركن المعنوى فى الجريمة •

رابعا : أما القول بأن ارادة المضطر لا تكون متوافرة ، فذلك أمر مردود بأن مرتكب جريمة الضرورة يكون مدركا تمام الادراك لجريسته وتنصرف ارادته اليها ، يعد تقرير أى المصلحتين أجدر بالرعاية • ولو كنا بصدد اكراه معنوى لما احتاج المشرع لاشتراط التوازن بين المصلحة المحمية والمصلحة المضحية بها لأن العبرة فى الاكراه المعنوى بما يصيب ارادة المكره من عيب لا بما يصدر عنه من فعل ، ولما اشترط المشرع أيضا فى بعض القوانين أن تكون المصلحة المحمية مما يتعلق بالنفس لا بالمال لانه لا دخل فى تقدير أثر الاكراه على الشخص بنوع المصلحة المعتدى عليها •

٣٤٥ - وفى تقديرنا أن هذا رأى جدير بالقبول من الناحية الفقهية فهو يتفق مع ما ينادى به الشراح لا فى مصر وحدها بل فى كثير من بلاد العالم على اختلاف انظمتها القانونية • حيث تنادى الغالية الكاثرة بوجوب أن تكون حالة الضرورة من أسباب الاباحة •

أما من حيث النصوص فالتا لا نستطيع أن نحمل نص المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى أكثر مما يحتمل فالذى نراه أن حالة الضرورة فى القانون المصرى هى من موانع العقاب •

وإذا كان القانون المصرى لم يشرم الدقة فى بعض المواد فليس معنى ذلك أنه التزم عدم الدقة فى كل المواد .. بل ان عدم الدقة الواردة فى المادة ٢٤٥/١ حينما قالت عن الدفاع الشرعى لا عقوبة ليس مأخوذا فقط من هذه العبارة . بل المشرع اتبع ذلك بلفظ مطلقا . وليس فى المادة ٦١ ع ٢٠ م هذه الكلمة .

وأكثر من ذلك فان القانون المصرى كان متناقضا مع نفسه تماما حينما قال لا عقوبة مطلقا على من قتل غيره أو اصابه بجراح أثناء استعمال حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو عن غيره أو عن ماله أو عن مال غيره ..

ففى صدر المادة رفع العقوبة مطلقا ثم بعد ذلك عبر عن الدفاع الشرعى بأنه حق مما يقطع بأن المشرع يعتبر الدفاع الشرعى من أسباب الاباحة اذ كيف يمكن القول برفع العقاب عن من يستعمل حقا من حقوقه؟

والأمر يختلف تماما بالنسبة لحالة الضرورة فليس فى المادة ٦١ عقوبات ما يشير الى مثل ذلك من قرب أو من بعد . ولذلك فان تعبير المشرع المصرى فى المادة ٦١ - ع ٢٠ ق يكاد يكون قاطع الدلالة فى ارادة رفع العقاب فقط أى أنه هذه الحالة من موانع العقاب . فضلا عن أنه ليس فى هذا النص ما يشير الى عدم الدقة أو ما يمكن أن يستفاد منه أن المشرع اراد من قريب أو من بعيد الى أن يضى عليها وصفا آخر غير كونها مانعا من موانع العقاب .

وأیضا فان القانون المصرى نظرا لأنه يعتبر الدفاع الشرعى من أسباب الاباحة (١) فانه اسبغ حق الدفاع الشرعى ضد الاعتداء الواقع على الأموال متى توافرت الشروط المطلوبة .. وليس الأمر كذلك بالنسبة لحالة الضرورة حيث لم يعترف بأثرها فى رفع العقوبة الا بالنسبة لجرائم النفس فقط دون جرائم الأموال .. ولو أنه اعترف بأثر الضرورة فيها لامكن التفكير فى الوصف الذى أراد الزميل الفاضل اسباغه على حالة الضرورة طبقا لنص المادة ٦١ من قانون العقوبات المصرى .

(١) وذلك رغم عدم الدقة فى التعبير كما اشرنا غير مرة .

٣٤٦ - وهكذا رأينا أن حالة الضرورة سبب من الأسباب المانعة من العقاب في كثير من القوانين الحديثة ، ومن هذه القوانين قانون العقوبات المصرى .

وأن هناك قلة من التشريعات تعتبر حالة الضرورة سببا من أسباب الإباحة .

النتائج المترتبة على اعتبار حالة الضرورة سبب إباحة :

٣٤٧ - يترتب على اعتبار حالة الضرورة سببا من أسباب الإباحة كما فعلت قوانين العقوبات في أسبانيا وألمانيا والاتحاد السوفيتى - نتائج أهمها ما يأتى :

١ - أن حالة الضرورة تزيل عن الفعل أو الامتناع المكون للجريمة صفة التجريم بمعنى أن الفعل يصبح عملا مشروعاً بعد أن كان محرماً فالمستفيد من هذا الظرف يبدو كأنه يباشر حقاً أو يؤدي واجبا (١) .

٢ - أن شريك الفاعل يستفيد من قيام حالة الضرورة لأنها على هذا الاعتبار سبب موضوعى أو سبب مادى يتعلق بالفعل ذاته فيصير مباحاً ، وبذلك فلا وجه لمساءلة أحد عنه سواء كان فاعلاً أصلياً أم شريكاً (٢) .

٣ - وينبنى على اعتبار هذا العمل مشروعاً أن الفاعل لا يسأل مدنياً عن الأفعال الضارة بالغير ، التى قد تتسبب عن فعله وعلى ذلك فلا محل لدراسة أثر الضرورة على المسئولية المدنية فى التشريعات التى تعتبر الضرورة سبباً للإباحة ذلك أن من يستفيد بسبب من أسباب الإباحة لا يمكن أن يسأل مدنياً ولا يصح أن يلام على خطأ .

٣٤٨ - ومع ذلك فقد وجد فريق من الشراح الفرنسيين من ينادى بجواز مساءلة الفاعل مدنياً - فى حالة الضرورة - والزامه بتعويض

(١) رسالة الدكتور إدوارد توفيق - المرجع السابق ص ٢٠ .

(٢) المرجع السابق نفس الموضع .

الغير عن الأضرار التي قد يتسبب في إلحاقها بهم (١) وذلك على الرغم مما هو مستقر لدى الشراح الفرنسيين من اعتبار حالة الضرورة سببا من أسباب الإباحة كما سبق البيان .

فقد قرر سافتيه Savatier أن العدالة تستوجب توزيع الضرر بين الفاعل والغير ، ذلك أن الأخير هو الضحية البريئة ، حيث لم يصدر منه شيء على الإطلاق يمكن نسبته إليه ، فسبب الضرر بعيد عنه كل البعد ، فمن العدل ألا يتحمل هو وحده العبء كله وإن لا يحرم من التعويض عن كل الأضرار التي لحقت به (٢) .

٣٤٩ - وقد أسس فريق من هؤلاء الشراح - القول بالتعويض ، رغم اعتبار حالة الضرورة من أسباب الإباحة على أساس فكرة الإثراء بلا سبب (٣) .
L'enrichissement sans Cause

وبريق فريق آخر منهم أن الأساس في ذلك هو نزع الملكية لأجل الفائدة الخاصة (٤) .
L'expropriation pour utilité perivée

نتائج اعتبار حالة الضرورة مانعا من العقاب :

٣٥٠ - أما إذا اعتبرنا حالة الضرورة ، مانعا من موانع العقاب فإنه يترتب على ذلك نتائج معينة أهمها ما يلي :

١ - أن حالة الضرورة لا أثر لها في صفة التجريم الكائنة في الفعل أو الامتناع المكون للجريمة ، فالجريمة المقررة في حالة الضرورة تظل بذاتها جريمة بالرغم من ذلك ، وكل ما للضرورة من أثر - على هذا الاعتبار - إنما ينحصر في إعفاء الجاني من تطبيق العقوبة عليه (٥) .

(١) المرجع السابق - ص ٢٠ هامش ٣٨ ، ودنديه دي فاير في كتابه .
traité dedroit criminel

VDAL et Magnol : cours de droit criminel, et de science penitentiaries,
P332-SAVATIER, (R) L'Etat de nécessité et la Responsabilité civile
extracontractuelle P736

(٢) المرجع السابق نفس الموضوع .

(٣) ، (٤) عرض هذين الرايين ، الأستاذ موريو في رسالته السابق
الإشارة إليها ص ٦٠ .

(٥) لأن هذا هو أثر موانع العقاب عموما كما يقول المسيو الأستاذ
دنديه دي فاير .

٢ - شريك الفاعل لا يستفيد من قيام حالة الضرورة لانها - على هذا الاعتبار - سبب شخصي خاص بالفاعل وحده دون غيره فلا يستفيد منه سواه (١) •

اثر الضرورة على المسؤولية المدنية

٣٥١ - لم تنص معظم التشريعات على أثر الضرورة في المسؤولية المدنية •

وإذا كان قانون العقوبات الفرنسى لم يعالج أحكام الضرورة بنص خاص فانه من الطبيعى أن لا ينص التشريع الفرنسى على أثر الضرورة في المسؤولية المدنية من باب أولى •

ومع ذلك فقد نصت بعض التشريعات على هذا الأثر في نصوص خاصة بها من ذلك القانون المدنى الألمانى الذى نص في المادة ٢٣٨ منه على أنه « كل من أتلف أو خرب شيئاً مملوكاً للغير بدون خطر يتهدهده أو يتهدد غيره من جراء الشئ لا يعد بذلك مخالفاً للقانون متى كان الاتلاف أو التخريب قد استلزمه دفع الخطر وكان الضرر متناسباً مع هذا الخطر • فإذا كان الفاعل قد أحدث الخطر بفعله سئل عن تعويض الضرر » (٢) •

وقد جاءت المادة ١٤٠ من القانون المدنى البولندى بنص مماثل حيث تقول : « كل من خرب أو أتلف شيئاً مملوكاً للغير أو قتل أو جرح حيواناً مملوكاً للغير وقاية لنفسه أو لغيره من خطر يتهدهده مباشرة من جراء هذا الشئ أو ذاك الحيوان لا يسأل عما يحدث من ضرر إذا كان لم يستجلب هذا الخطر وكان الفعل الذى ترتب عليه الضرر لازماً » (٣) •

«Les Causes de non-imputabilité, sont des Circonstances qui, si elles se trouvent réalisées, ont pour effet de supprimer le culpabilité et par conséquent d'écarter l'application de la peine» (P;192)

- (١) رسالة الدكتور توفيق - المرجع السابق - ص ٢٠ .
(٢) ، (٣) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد - الجرد الثانى مصادر الالتزام - المادة ١٦٨ .
الدكتور ابراهيم زكى اخنوخ - المرجع السابق - ص ٢٦٥ .

٣٥٢ - ويلاحظ على هذين النصين أنهما تكلما عن أثر الضرورة في التعويض عندما يكون الشيء المتلف أو الحيوان الذي وقع الضرر عليه هو مصدر الخطر . وهذا الحكم تنطبق عليه أحكام الدفاع الشرعى حيث يكون المهدد بالخطر فى مركز المدافع عن نفسه أو عن غيره .. كما أن النصين المشار إليهما تكلما عن انعدام أثر الضرورة فى التعويض لو أن الفاعل نفسه كان هو مصدر الخطر . وهنا لا يستفيد بشئ من أحكام الضرورة ..

وبهذا يظهر لنا أن كلا من القانون المدنى الألمانى والقانون المدنى البولونى لم يتقدما خطوة واحدة فى بيان أثر الضرورة فى المسئولية المدنية (١) . حيث سكتا عن بيان أثر الضرورة بمعناها الخاص فى المسئولية المدنية . الأمر الذى تكلم عنه صراحة القانون المدنى المصرى كما يتضح ذلك من الفقرة التالية :

أثر الضرورة على المسئولية المدنية فى القانون المصرى :

٣٥٣ - نصت المادة ١٦٨ من القانون المصرى على هذا الأثر فقالت : « من سبب ضررا للغير لىتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره ، لا يكون ملزما الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا » .

وهذا النص يسير عدة تساؤلات .. فهل أراد المشرع المصرى أن يثبت بهذا النص أن حالة الضرورة لا تغفى الفاعل من مسئوليته المدنية عن تعويض الاضرار التى قد يتسبب فى إلحاقها بالمضرور .. الا انه لا يسأل مسئولية كاملة . بل كما يقول النص لا يلزم الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا ؟

(١) وأكثر من ذلك غموضا موقف القانونين الإيطالى والسويسرى . فقد نصت المادة ٢٠٤٥ من القانون المدنى الإيطالى على أنه : « كل من سبب ضررا للغير لوقاية نفسه أو غيره من ضرر محقق بزيد كثيرا من حيث الجسامة لا يكون ملزما الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا » كما نصت المادة ٢/٥٢ من قانون الالتزامات السويسرى على أنه : « يقرر القاضى وفقا لمبادئ العدالة مبلغ التعويض المستحق على ذلك الذى يحدث ضررا بأموال الغير لوقاية نفسه أو غيره من ضرر أو خطر حال » . وقد تفادى القانون المدنى المصرى فى المادة ١٦٨ منه كل ما يرد على هذل النصوص من مأخذ سواء من حيث العمومية وعدم التحديد أو سن حيث الغموض . فقد جاءت المادة ١٦٨ مدنى مصرى محددة وفى غاية الوضوح كما نبين ذلك فى المتد .

أم أن المشرع المصرى أراد بهذا النص أن يبين أن التعويض هنا ليس قائما على مبدأ الخطأ الشخصى والا اكتفى بالقاعدة العامة المقررة فى المادة ١٦٣ مدنى مصرى والخاصة بالمسئولية التقصيرية ؟ •

هذا جانب من التساؤلات التى يثيرها نص المادة ١٦٨ مدنى مصرى •
٣٥٤ - وفى بيان طبيعة هذا النص يمكن تلخيص آراء الشراح فيه الى الرايين الآتين :

الرأى الأول : تأسيس المادة ١٦٨ على فكرة الخطأ الشخصى أو المسئولية التقصيرية ••

ذهب بعض الشراح الى أن الحكم المنصوص عليه فى المادة ١٥٨ مدنى مصرى يرجع فى أساسه الى المسئولية التقصيرية القائمة فى جوهرها على مبدأ الخطأ الشخصى (١) •

وأدلة هذا الرأى تتلخص فيما يأتى :

١ - أن المادة ٦١ عقوبات قضت برفع العقوبة الجنائية ، ولكن لا يلزم من ذلك عدم الالتزام بالتعويض ، فنفى الجريمة المدنية لا صلة له برفع العقوبة الجنائية لاختلاف الغرض فى كل منهما • فالعقوبة الجنائية يقصد من تطبيقها الزجر والردع • أما المقصد من المسئولية المدنية فهو مجرد تعويض لاصلاح الاضرار الناجمة من ذلك الخطأ (٢) •

٢ - أن الفعل الضار المرتكب فى حالة الضرورة تتحقق فيه أركان الجريمة المدنية لأنه فعل ارادى قصد به الحاق ضرر بشخص ما • فهو فعل غير مشروع يرتب مسئولية مدنية ••

٣ - أن مسلك القانون المدنى المصرى يؤكد هذا المعنى تماما • فقد نصت المادة ١٦٣ مدنى مصرى على القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية (٣)

(١) الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى - موجز النظرية العامة للالتزام ص ٤٤٩ - ٤٥٦ سنة ١٩٥٥ •

(٢) تنص المادة ١٦٣ مدنى مصرى على أنه : « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » •

(٣) مادة ١٦ مدنى مصرى : « من أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول على الا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى والا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » •

ثم جاءت المادة ١٦٦ مدنى مصرى تستثنى حالة الدفاع الشرعى لأن ما يصدر من المدافع فى الخدود المشروعة هو فعل مباح قانونا وان حدث منه ضرر بالمعتدى فانما هو ضرر واقع على معتد ائيم فليتحمل نتيجة عدوانه . أما نص المادة ١٦٨ مدنى مصرى فيؤكد أن الفعل فى حالة الضرورة غير مشروع قانونا لأنه ألحق ضررا بشخص برىء لكن المشرع المدنى اراد أن يخفف مقدار التعويض على أساس أن الفاعل لم يكن لديه قصد شىء حيث اراد أن يتفادى ضررا أكبر به أو بغيره .

٣٥٥ - الرأى الثانى : تاسيس المادة ١٦٨ على اساس آخر غير الخطأ التقصيرى :

يذهب البعض الآخر من الشراح الى أن الحكم الوارد فى المادة ١٦٨ مدنى مصرى لا يستند الى المسئولية التقصيرية .

وادلة هذا الرأى تتلخص فيما يأتى :

١ - لو أن المشرع المصرى اراد أن يؤسس حكم الضرر الواقع أثناء حالة الضرورة على المسئولية التقصيرية لاكتفى بنص المادة ١٦٣ مدنى الخاصة بالقاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية القائمة على الخطأ الشخصى (١) .

٢ - أن مبدأ وحدة الخطأ فى القانونين المدنى والجنائى يوجب القول باتتفاء الخطأ التقصيرى فى حالة الضرورة أيا كان تكييف هذه الحالة . .

بمعنى أنه يجب القول باتتفاء الخطأ الشخصى فى حالة الضرورة سواء قلنا انها سبب من أسباب الاباحة حيث لا جريمة على هذا التكييف . أو قلنا انها ما نع من موانع العقاب ، لان توافر أحد هذه الموانع يقتضى عدم توافر الخطأ الجنائى وهو ما يترتب عليه نفى الخطأ المدنى بالتبعية تطبيقا لمبدأ وحدة الخطأ المدنى والخطأ الجنائى (٢) .

٣٥٦ - ولا شك لدينا فى ترجيح هذا الرأى لقوة أدلته وسلامتها من الوجهة القانونية .

(١) الدكتور فتحى سرور المرجع السابق - ص ٤٠٠ .

(٢) المرجع السابق نفس الموضوع .

ابراهيم زكى اخنوخ - المرجع السابق - ص ٣٠٣ - ٣٠٤ .

وعلى أقل تقدير فإن القول بغير هذا الرأي يترتب عليه أن يكون وجود المادة ١٦٨ مدنى مصرى من قبيل العبث .

ومع القول يرجحان هذا الرأي فالتا لا تزال فى حاجة ماسة الى البحث عن أساس مقبول لحكم المادة ١٦٨ مدنى مصرى .

فيذهب البعض الى أن أساس التعويض المنصوص عليه فى هذه المادة هو مبدأ الاثراء بلا سبب ذلك أن من أثرى على حساب غيره دون حق يجب أن - يعرض من افتقر (م ١٧٩ مدنى) . ومن المسلم أن الاثراء يتحقق بأى منفعة وانه قد يكون سلبيا اذا ما جنب الشخص خسارة كان وقوعها محتما مثل ربان السفينة الذى يلقي ببعض ما تحمله من بضائع حتى ينقذ ركبها من الغرق . ولا محل للاعتراض بان حالة الضرورة تقع من غير من استفاد من الضرورة بالتدخل لانقاذ آخر من خطر جسيم على النفس . وذلك من المسلم أن الاثراء قد يكون غير مباشر اذا ما تدخل أجنبى لصالح شخص آخر (المثرى) يستفيد على حساب الغير (المفتقر) مثال ذلك ربان السفينة فى المثال السابق فانه يتدخل لصالح الركاب على حساب صاحب البضائع ، وفى هذه الحالة يعتبر الغير فضوليا بالنسبة الى من قام بالعمل الضررى لمصلحته ويلتزم من استفاد من هذا العمل بتعويض هذا الفضولى عن الضرر الذى لحقه من جراء قيامه بالعمل الضرورى » (١) .

وقد رجع البعض هذه الوجهة من النظر حيث قال :

« ونعتقد أن الأساس السليم للتعويض المدنى للضرر الذى أصاب الغير فى حالة الضرورة هو الفعل النافع أو فكرة الاثراء بلا سبب . وهذا يعنى أن هناك شخصا استفاد من الحالة الطارئة بما افقر غيره .

(١) عرض هذا الراى الأستاذ الدكتور فتحى سرور - المرجع السابق - ص ٤٠١ . ويبدو أن سيادته لا يوافق عليه تماما ، حيث قال بعد ذلك : « وعندنا أن الذى قام بالفعل الضرورى لمصلحة غيره لا يلتزم بالتعويض اذا ما توافرت شروط الضرورة الحقيقية ولتقضى التزامه بالتعويض على مخالفته لشروط الضرورة او فى حالة الضرورة الحقيقية المال المرجع السابق ص ٤٠٢ .

فعلى المتفع اذن أن يدفع الى من افتقر أقل القيمتين : قيمة ما أثرى به الأول أو قيمة ما افتقر به الثانى « (١) » .

٣٥٧ - ويذهب البعض الآخر الى أن التعويض الوارد بالمادة ١٦٨ من القانون المدنى يستند الى مجرد المسؤولية المادية على نحو ما هو مقرر بالمادة ١٦٤ بشأن الشخص غير المميز . لأن المشرع اتبع نفس الاستثناء من الاحالة الى الأحكام العامة فى تقدير التعويض عندما أراد تقرير المسؤولية المادية بالنسبة للقاصر ، وحالة الضرورة على حد سواء . فاستبعد القواعد العامة واستبدل بها التعويض العادل الذى يقرره القاضى « (٢) » .

٣٥٨ - وهذا قياس سليم ، فطالما أن القانون المدنى المصرى أجاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل حتى ولو كان غير مميز (٣) فإن ذلك معناه اعتراف من القانون المصرى بالمسؤولية الموضوعية أو المادية وهنا لا يمكن لفكرة الاثراء بلا سبب أن يكون لها مجال . وبما أن الضرر الواقع من المضطر يماثل هذه الحالة من حيث انتفاء الخطأ التقصيرى . وقد أجاز القانون للقاضى أن يحكم بالتعويض الذى يراه مناسباً فاننا نرجح تأسيس الحكم المنصوص عليه فى المادة ١٦٨ مدنى مصرى على فكرة المسؤولية الموضوعية .

والله ولى التوفيق

(١) الدكتور ذنون أحمد الرجبو : النظرية العامة للاكراه والضرورة - رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٦٩ ص ٢٨٧ - ٢٨٨ .

(٢) ابراهيم زكى اخنوز - المرجع السابق ص ٣٠٥ .

(٣) تنص المادة ١٦٤ من القانون المدنى المصرى على ما يأتى : « ١ - يكون الشخص مسئولاً عن اعماله غير المشروعة متى صدرت عنه وهو مميز . ومع ذلك اذ وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى ان يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا فى ذلك مركز الخصوم .

الفصل الثالث

آثار الضرورة بين الشريعة والقانون

٣٥٩ - رأينا فيما تقدم أن الشريعة الغراء قد ميزت في آثار الضرورة بين الجرائم المتعلقة بالنفس والعرض ، وبين بقية جرائم الحدود والتعازير أما جرائم النفس ، وهى القتل والضرب والجرح فلا أثر للضرورة فيها مهما كانت الظروف ومهما بلغت درجة الخطر بالمضطر ، وكذلك جرائم العرض - وأهمها جريمة الزنا لا أثر للضرورة فيها .

وقد ذهب الجمهور الى أن الحد يدرأ للشبهة .

أما بقية الجرائم فإن الضرورة فيها تعتبر من أسباب الاباحة بل أن هذه الاباحة قد ترقى الى درجة الوجوب عند الجمهور متى كانت حياة المضطر متوقفة على ذلك الفعل .

٣٦٠ - أما القوانين الوضعية ، فقد ذهب جلها الى أن حالة الضرورة من موانع العقاب ، ومن هذه القوانين قانون العقوبات المصرى والقانون الايطالى والقانون السويسرى والقانون الدانماركى وكثير غيرها .

أما القانون الفرنسى فلم يعالج النظرية بنص عام يحكمها .. ورأينا أن هنالك قلة من التشريعات تعتبر الضرورة من أسباب الاباحة وهى القانون الأسبانى والقانون الألمانى والقانون السوفيتى .

٣٦٠ - وبأدنى تأمل ومن غير تحيز (١) تبدو عدالة الشريعة فى كل ما قررته . فهى لم تشأ أن تجعل الأنفس محلا للاباحة أو للترخيص فى قتلها أو التهاون فى أمرها مهما كانت الأخطار المحيطة ، ومهما عظمت النتائج الضارة ، فالنفس معصومة على كل حال وفى كل الظروف ومن يقتل غيره لينقذ نفسه يعتبر قاتلا أما نصوص القوانين الوضعية فلم تراع هذه المسألة بل من قال منها بالاباحة جعلها اباحة

(١) بل ان ما اقوله سيقوله كل قارىء .

مطلقة (١) . ومن قال بالاعفاء من العقاب ، جعل الاعفاء شاملا لكل الجرائم بلا قيود ولا حدود .

وبذلك فان جميع القوانين الوضعية وخاصة قانون العقوبات المصرى ، تسمح طبقا لنصوصها - بالقول بأن من قتل آخر لينجو بحياته فلا عقاب عليه (٢) .

بل ان هذه النصوص قد تسمح بأكثر من ذلك ، حيث يمكن فى بعض الظروف أن ينظر الى من يقتل أكثر من نفس حفاظا على حياته وحياة أحد من ذويه على اعتبار أنه فى حالة ضرورة كما سبق أن أشرنا الى آراء الشراح فى هذه المسألة وبعض أحكام القضاء .

وهكذا بلغت قيمة النفس عند المشرع الوضعى هذه الدرجة من المهانة بحيث سمحت النصوص لمن يحاول تبرئة هذا القاتل وأمثاله أن يجد له مخرجا أو تأويلا .

ولكن الله تبارك وتعالى يجعل النفس الانسانية فى أعلى درجات الصيانة والحفظ فقال جل شأنه : « .. من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا .. » .

لذلك فلا مجال للمقارنة فى هذا السبيل ..

٣٦١ - ثم ان الشريعة اذا ما أباحت للضرورة بعض الجرائم التى لا تمس النفس أو العرض فانها ترتفع بهذه الاباحة الى درجة أعلى ، حيث يقرر جمهور الفقهاء أنه يجب على المضطر أن يتناول القدر اللازم لاتقاذ حياته فان لم يفعل كان آثما .

أما القدر المشترك بين الشريعة وبعض القوانين الوضعية فهو القول بأن الضرورة سبب من أسباب الاباحة فى هذا النوع من الجرائم .

(١) اللهم الا القانون الالماني حيث قيد الاباحة فى خصوص الاموال اما فيما يتعلق بالنفس فقد أباحها على وجه الاطلاق .
(٢) الدكتور محمد مصطفى القللى - المرجع السابق - ص ٤٤٠ -
الدكتور محمود مصطفى .
المرجع السابق - فقرة ٣٣٦ ص ٣٣١ .

٣٦٢ - ومع ذلك فإن معظم التشريعات الحديثة اليوم تعجز عن أن تلحق بركب الشريعة في هذا الميدان .

فلم نجد من التشريعات الحديثة من يقول بأن حالة الضرورة سبب من أسباب الإباحة إلا التشريع الأسباني والألماني والسوفيتي .

وحتى هذه التشريعات حينما قالت بالإباحة فإنما قالت بها على إطلاقها في كل الجرائم ومن المعلوم أن القول بالإباحة في جرائم القتل والضرب والجرح والزنا فيه من الخطورة على المجتمع ما فيه وهو ما تلافته شريعة الله كما سبق بيان ذلك .

أما سائر التشريعات الأخرى ومنها قانون العقوبات المصري ، فلم تصل الى اعتبار حالة الضرورة سببا من أسباب الإباحة فهو لا يزال يعتبر هذه الحالة مانعا من موانع العقاب فقط .

٣٦٣ - والذي يهمنا التنبيه اليه هو أن موقف القانون المصري محل انتقاد كبير من شراحه المعاصرين ، حيث يرى كثير من الشراح : « ان حالة الضرورة تجمع مقومات الإباحة ويجب عدالة أن يكون لها نفس الأثر فالضرورة تتسع لصور لا يتحقق فيها التأثير على ارادة الشخص .. فكان يجب أن يترتب على الضرورة تعطيل نص التجريم واعتبار الفعل كأن لم يكن » (١) .

٣٦٤ - وفيما يتعلق بأثر الضرورة في المسؤولية المدنية فقد رأينا أن للفقهاء آراء ثلاثة ، رأى يقول بالتضمنين ورأى يقول بعدمه ورأى يقول ان كان للمضطر مال حاضر لزمه قيمة ما أخذ والا فلا شيء عليه . وقد أخترت هذا القول لأن القواعد العامة في الفقه الاسلامي تقضى بالعمل به .

وقد رأينا أنه لا منافاة بين الإباحة وبين الضمان ، لأن الإباحة مصدرها اذن صاحب الشرع ، وهو لا يوجب سقوط الضمان ، بل انما ينحصر أثره في نفي الاثم والمؤاخذه بالعقاب ، أما حقوق العباد فهي مضمونة لا يمكن اسقاطها الا باذنهم .

(١) الدكتور محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٧٤ هامش (١) .
(١٨٢ - الفقه الجنائي)

٣٦٥ - وفي حالة عدم امكان الوفاء بأى وجه ، فان المضطر يكون له حق فى أخذ ما يسد رمقه ويحفظ عليه حياته ، من غير ضمان •

أما التشريعات الوضعية فرأينا أن قلة منها قننت هذه المسئولية فى نصوص غير حاسمة • وأن كثيرا منها لم تنص على المسئولية المدنية • لكن القانون المدنى المصرى جاء بنص حاسم فى هذا الموضوع هو نص المادة ١٦٨ منه • وقد رجحنا رأى الشراح القائلين باستبعاد الخطأ التقصيرى أساسا للحكم المنصوص عليه فى هذه المادة • ثم اتهمنا الى أن التعويض المنصوص عليه فى هذه المادة يرجع فى أساسه الى المسئولية المدنية •

٣٦٦ - ولعل الحكم المنصوص عليه فى المادة ١٦٨ مدنى مصرى لا يكاد يخرج فى الجملة عن آراء الفقهاء • بل انه يكاد يقترب من رأى الذى سبق أن قلنا بترجيحه وهو القائل بوجوب الضمان اذا كان للمضطر مال حاضر ، أو كان له مال يمكن الوفاء منه مستقبلا ، والا فلا ضمان عليه ، والقانون المدنى المصرى يقول بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا ، فعلى القاضى حينئذ أن يراعى قدرة المضطر على الوفاء • فان رأى أنه قادر على ذلك ألزمه بالتعويض والا فلا •

ومع ذلك كله فانى أرى الالتزام بشرع الله عز وجل وضرورة تعديل هذا النص بما يتلاءم مع الحكم الشرعى ومع القول الذى رأينا رجحانه لأن فى ذلك ضمان كامل يستحق العباد والالتزام بحدود الله عز وجل • حيث بين النبى صلى الله عليه وسلم أن الدماء والأموال معصومة الا بحقها فمن أتلف مالا للغير فعليه ضمانه والمضطر الذى ينقذ نفسه بمال غيره عليه ضمان هذا المال متى كان قادرا على الوفاء حالا أو مستقبلا • وأما ان كان عاجزا عن ذلك فان له حقا فيما أخذ وبالله التوفيق •

تجاوز حدود الضرورة :

٣٦٧ - اذا توافرت شروط الضرورة التى سبق أن بينها تفصيلا فى الباب الثالث • أتتجت الضرورة آثارها التى تكلمنا عنها بالتفصيل فى هذا الباب • ومعنى ذلك أنه اذا لم تتوافر الشروط السابقة ، فان الضرورة لا تعمل أثرها • وأهم هذه الشروط أن يكون فعل الضرورة

متناسبا مع الخطر المراد تفاديه . فان تجاوز المضطر هذه الحدود كان فعله في دائرة الاثم .

وقد سبق أن أشرنا الى القاعدة التي تقول : « الضرورة تقدر بقدرها ومعناها الالتزام بحدود الضرورة دون تجاوز لهذه الحدود أو خروج عليها ولذلك فقد يضاف الى القاعدة السابقة عبارة تكملها فيقال : « الضرورة تقدر بقدرها ولا يتجاوز موضع قدرها »

فاذا تجاوز المضطر الحدود اللازمة للتخلص من خطر الضرورة كان مسئولا عن هذا التجاوز .

٣٦٨ - والأصل في ذلك كله قول الله تبارك وتعالى : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم » .

ذلك النص المبارك الذي أشرنا اليه كثيرا وفي مناسبات عديدة (١) يدل يقينا على أن من تعدى حدود الضرورة كان آثما . ذلك أن الله عز وجل يرفع الاثم عن فعل المضطر متى كان فعله اياه في الحدود اللازمة للتخلص من الخطر المحدث .

أما المضطر الذي يتعدى هذه الحدود فان وصف الاثم أو صفة التجريم لا ترتفع عن فعله لأن الله سبحانه وتعالى يقول : « غير باغ ولا عاد » .

فقد سبق أن أشرنا الى ما رواه المفسرون عن جمع من التابعين أن قوله تعالى : « غير باغ » معناه غير باغ في أكله - من المحرمات - فوق حاجته أو غير باغ في الأكل شهوة وتلذذا . أى دون اضطرار اليها . ولكنه اذا تجاوز حدود الضرورة ، بأن تناول أكثر من القدر اللازم لتخليصه من الخطر فاننا ننظر في هذا القدر :

ان كان شيئا قليلا لا يبلغ مقدار النصاب الموجب لقطع اليد ، فان الفعل يعتبر جريمة تعزيرية يعاقب عليها القاضى بالعقوبة التي يراها مناسبة . ومن بين الظروف التي يضعها القاضى في اعتباره عند تقدير العقوبة حالة الفاعل لسابقة حيث كان مضطرا اذ لا شك أن مثل هذا

(١) تفسير القرطبي ص ٦١٠ - تفسير ابن كثير ج ١ ص ٢٠٥ .
صفوة البيان لمعاني القرآن ج ١ ص ٥٧ .

الشخص يختلف تماما عن الذى يسرق هذا المقدار القليل وهو في ظروف عادية لم يسبقها اضطرار •

لكن اذا كان المقدار الذى استولى عليه من حرز مثله - بعد زوال ضرورته - يبلغ نصاب السرقة ، الموجب لقطع اليد ، فانه لا مناص من تطبيق هذه العقوبة طالما توافرت شروطها وانتفت كل الشبه الدارئة للحد •

٣٦٩ - ومن بين هذه الشبه في نظرنا - والله أعلم - أن المضطر الذى يستولى على كمية من طعام الغير يظنها داخلية في حدود الضرورة في حين أنها تزيد كثيرا عن القدر اللازم لذلك مما يبلغ نصاب السرقة الموجبة للقطع - فعلى الرغم من أنه استولى على ما يبلغ نصاب السرقة من حرز مثله متجاوزا حدود الضرورة فاني أرى أن ظنه دخول هذه الكمية المسروقة في حدود القدر اللازم لتخليصه من الهلاك هذا الظن بذاته يكفى لعدم تطبيق العقوبة الأصلية لأنه كان يظن أن الفعل مباح فلا قطع عليه في مثل هذه الحالة لأن العبرة بما يقع في ظنه وقت ارتكاب الفعل متى كان هذا الظن في نظره ظنا راجحا •

ويقول بعض المفسرين المعاصرين : ان قوله تعالى : « غير باغ » معناه غير طالب للمحرم وهو يجد غيره (١) • وأما قوله تعالى : « ولا عاد » فمعناه أن المضطر لا يجوز له أن يتجاوز القدر اللازم لدفع الضرورة • فمثلا لا يجوز له أن يتجاوز في الأكل (٢) القدر اللازم لسد جوعه (٣) •

وعلى ذلك فان المضطر اذا ما تجاوز القدر اللازم لدفع خطر الضرورة فانه يكون مؤاخذا على القدر المتجاوز به تلك الحدود لأنه مثل هذا الفعل يكون اثما كما نصت على ذلك الآية الكريمة حيث رفعت صفة الاثم عن فعل الضرورة وأبقت هذا الوصف قائما بالنسبة لما زاد عن تلك الحدود المشار اليها في قوله تعالى : « فمن أضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم » •

(١) صفوة البيان لمعانى القرآن ج ١ ص ٥٧ •

(٢) أى في اكل المطعوم المحرم •

(٣) المرجع السابق نفس الموضع •

٣٧٠ - ولكن هل العقوبة عن الفعل المرتكب في حالة التجاوز ، هي ذات العقوبة عن الفعل المرتكب في الظروف العادية ؟ •

لم أطلع على اجابة لهذا السؤال يسكن أن تنسب الى أحد من المفسرين أو الفقهاء • وعلى ذلك : فليس أمامنا الا الرجوع الى القواعد العامة مسترشدين بهداية الله وعونه وحسن توفيقه فنقول :

ان الله سبحانه قد أخرج حالة التجاوز من دائرة الاباحة الى دائرة الاثم والحظر • واذ هو كذلك انه يستوجب العقوبة المقررة لذلك شرعا •

فان كان هذا الفعل المحرم مكونا لجريمة حدية وجب تنفيذ الحد بلا جدال أما اذا كان هذا الفعل المحرم مكونا لجريمة تعزيرية فان الفرصة تكون أمام القاضى واسعة لتطبيق العقوبة التى يراها مناسبة •

مثال ذلك : الجائع الذى لا يجد ما ينقذ به نفسه من خطر الموت جوعا الا طعام الغير فان تناول منه القدر اللازم لانقاذه من الهلاك كان فعله مباحا لا اثم فيه •

بل قد يكون هذا الفعل واجبا عليه كما بينا • أما ان تجاوز الحد اللازم لانقاذه بأن زاد عن القدر فان كان تجاوزه بحسن نية فلا شيء فيه • أما ان تعمد التجاوز فانه لا يستفيد من أحكام الضرورة لأنه فى هذه الحالة يكون متجائفا للآثم والله تعالى يقول : « غير متجاف لآثم » •

تجاوز حدود الضرورة فى القانون الوضعى :

٣٧١ - اذا تحققت الشروط السابقة قامت حالة الضرورة ولكن يجب مع ذلك على الفاعل ألا يتجاوز بفعله القدر اللازم لدفع الخطر ، فالجائع الذى لا يجد ما يسد رمقه مع عدم قدرته على الكسب يجب عليه ألا يتجاوز الحد اللازم لدفع خطر الجوع عنه • فاذا ما تجاوز الحدود اللازمة لدفع الخطر كان مؤاخذا عن هذا التجاوز •

٣٧٢ - ولكن هل يمكن اعتبار قيام الضرورة عذرا مخففا ؟
نص قانون العقوبات المصرى على الأعذار القانونية وقصرها فى حالتين :

الحالة الأولى : حالة صغر السن •

الحالة الثانية : حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعى •

وحيث أن القانون اقتصر على هذين العذرين فإنه لا يمكن الزيادة عليهما • كما أنه من ناحية أخرى ليس فى الامكان قياس حالة تجاوز حدود الضرورة على حالة - تجاوز حدود الدفاع الشرعى • ذلك أن القانون المصرى يعتبر الدفاع الشرعى من أسباب الاباحة بينما يعتبر حالة الضرورة من موانع العقاب أى أن الفعل فى حالة الضرورة لا يزال مجرماً فى ذاته • واذن فإنه من باب أولى أن يكون الفعل أشد تجريماً فى حالة التجاوز عن القدر اللازم لدفع الضرورة وبالتالي فإن الفاعل يعتبر مسئولاً عن الزيادة على القدر اللازم لدفع الخطر •

٣٧٣ - ومع ذلك فإن الفاعل اذا تجاوز بحسن نية حد الضرورة اعتبر فى حالة غلط وتصح مساءلته عن جريمة غير عمدية اذا كان القانون يعاقب عليها بهذا الوصف • ولم ينص القانون على نص خاص بالتجاوز كما فعل ذلك فى حالة الدفاع الشرعى ولا حاجة لهذا النص : لأن القواعد العامة فيها الكفاية • فاذا كان التجاوز مبنيًا على أسباب معقولة انتفت جميع مسئولياته الجنائية • أما اذا كان التجاوز عمداً اعتبر مسئولاً مسئولة كاملة (١) •

اثبات الضرورة فى الشريعة :

٣٧٤ - القاعدة العامة فى الاثبات أن اليينة على المدعى • واذا ما دققنا فيمن يتمسك بقيام حالة الضرورة أدركنا أنه يدعى قيام حالة معينة من شأنها أن تؤدى الى براءته من العقاب • وتطبيق هذه القاعدة يؤدى الى القول بأن المضطر هو الذى يقع على عاتقه عبء اثبات قيام ظروف الاضطراب •

ولكن الحال فى الحدود على غير ذلك • فالحديث الشريف : يقول فيه النبى صلى الله عليه وسلم : « ادفعوا الحدود بالشبهات » وما روى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ادفعوا الحدود

ما وجدتم لها مدفعا » • وما أخرجه الحاكم والترمذى عن عائشة بلفظ :
« ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم » •

وهذه الروايات وإن كان فى بعض أسنادها كلام إلا أن تعددها يدل
على أن لها أصلا فى الجملة ويؤيد ذلك ما ورد عن النبى صلى الله عليه
وسلم بسند صحيح من أنه رد ما عزا رجلا آخر أربع مرات (١) وذلك
دليل على التثبت وتلقين المسقط للحد (٢) •

وإذا كان ذلك كذلك فإن الشريعة الغراء تلقى على عاتق القاضى أن
يتحرى الحقيقة وأن يبحث عن الظروف التى لا يستلزم ارتكاب الجريمة
وأن يتأكد من انتفاء تلك الظروف التى من شأنها أن تسقط الحد ومن
باب أولى تلك التى تبيح الفعل •

وعلى ذلك فإن اثبات الضرورة فى الشريعة هو على عاتق القاضى
أو سلطات التحقيق • هذا وبالله التوفيق •

اثبات الضرورة فى القانون الوضعى :

٣٧٥ - الأصل أن النيابة العامة هى المكلفة باثبات اقتراف المتهم
للجريمة •

وقد ذهب بعض الشراح الى أن النيابة العامة يقع على عاتقها اثبات
وجود حالة الضرورة أو عدم وجودها • وقد استنتجوا قيام هذا الغيب
على سلطة الاتهام من أن السلطة لها صفة عامة هى تحريك الدعوى
العمومية ومباشرتها وهى من أجل ذلك ملزمة • • بالبحث عن أسباب
البراءة وأدلة الاتهام على حد سواء وهذا ما يقضى به مبدأ حياد النيابة
العمومية ، كما أن النيابة لها القدرة على تحرى الحقيقة أكثر من الأفراد ،
وذلك لما لديها من وسائل ، ولما تتمتع به من سلطات • وعلى ذلك فالنيابة
ملزمة باثبات أركان الجريمة حتى يمكن القول بمسئولية قاعلها ، وهذا
يستتبع بالتالى أن تثبت عدم وجود ما ينافى هذه المسئولية (٣) •

(١) سبل السلام ج ٤ ص ١٥ •

(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٦ ، ٧ ، ٨ •

(٣) جندى عبد الملك - الموسوعة الجنائية ج ١ ص ١٠٤ - ١٠٥ •

ويعيب هذا الرأي أنه يفتح المجال أمام المتهمين لانتحال الأعذار سواء كانت جدية أو غير جدية ، ما دامت النيابة العامة هي المكلفة بإثبات هذه الأعذار ، وبذلك تتعقد الاجراءات ويطول الفصل في القضايا خصوصا وأن المتهم قد لا يكون له من غرض وراء انتحاله مثل هذه الأعذار سوى أن يتعطل الفصل في قضيته نتيجة لتعقد الاجراءات .
ولذلك فإن هذا الرأي غير عملي (١) .

٣٧٦ - ويذهب كثير من الشراح الى أن المتهم وحده هو الذى يجب عليه أن يثبت قيام حالة الضرورة حتى يمكن أن يستفيد من أحكامها .

وتعليل ذلك حين يسير اذ من المعلوم أن الادعاء بقيام حالة الضرورة ان هو الا دفاع يريد به المتهم دفع المسؤولية عنه ، فمن الطبيعى أن يكون عبء اثبات ذلك على عاتق المتهم وحده (٢) وهذا الرأي هو الراجح في مصر وفى فرنسا (٣) .

٣٧٧ - وكما لا يخفى على القارئ فان العدالة تقتضى أن يقوم القاضى من تلقاء نفسه بتحرى حالة الضرورة . فمتى ثبت لديه أن الفاعل مضطر وجب عليه العمل بمقتضاها دون تردد . والا كان مضيعا للعدالة والله درك يا ابن الخطاب ؛ حين قلت لمولى السارقين أراك تجيعهما ..
لأغرمك غرامة موجهة .. ثم أطلقت سراح السارقين (٤) .

(١) رسالة الدكتور عبد المهيم بكر سالم - المرجع السابق - ص ١٩٦ .

وقد مال القضاء الأمريكى الى هذا الرأي - ولكنه اشترط تحميل النيابة عبء اثبات السبب المانع أو النافى للمسئولية ان يكون هذا السبب محددا ومعينا وأن يكون قريب الاحتمال الى التصديق .

نقض ٦ مارس سنة ١٩٣٤ .

وتراجع الاحكام الأخرى المشار اليها في مؤ لجرو ص ٣٠٨ - ٣٢٧ .

(٢) الدكتور محمد مصطفى القللى - المرجع السابق - ص ٤٤٢ .

(٣) المرجع السابق - نفس الموضع - الدكتور السعيد مصطفى -

ص ٤٢٧ - الدكتور على راشد موجز القانون الجنائى - ص رقم ٤٤٦ -

رسالة الدكتور عبد المهيم بكر سالم - المرجع السابق - ص ١٩٦ -

الدكتور محمود نجيب حسنى المرجع السابق ص .

(٤) سياتى تفصيل هذه القضية في القسم الثانى باب الضرورة

وجريمة الأموال .

القسم الثاني

في

تطبيقات نظرية الضرورة

٣٧٨ - تنقسم الضرورة بحسب مصدر الخطر الكامن وراءها الى حالات ثلاث :

حالة الضرورة التي يكون مصدر الخطر فيها راجعا الى ظروف طبيعية لا دخل لأحد من البشر في حلولاها .

وذلك كحالة الجوع المهلك أو العطش المحرق ، أو المرض القاتل - أو الفيضان أو الغرق أو الحريق الى غير ذلك من الأسباب الطبيعية التي تؤدي الى قيام خطر معين يهدد الأتفس أو الأموال وظاهر أن مثل هذه الأحوال ليس للانسان دخل مباشر في حدوثها .

ولذلك فقد أطلق البعض على هذه الحالات اسم «الاضطرار الطبيعي وقد عرفه بقوله : « الاضطراب الطبيعي وهو الذي يكون الملجئ فيه الى الفعل قوة طبيعية كخوف الغرق أو الحريق أو الموت أو الجوع وما الى ذلك مما يدفع الانسان الى الاقدام على ما لا يقدم عليه عادة » (١) .

وبدهى أن هذا النوع من الحالات الاضطرارية هو الذي يسميه شراح القانون الوضعي « حالة الضرورة » .

٣٧٩ - الحالة الثانية : الضرورة التي يرجع مصدر الخطر فيها الى ضغط من انسان على آخر يحمله على ارتكاب جريمة بالقوة أو التهديد باستعمال القوة وقد اصطلح الفقهاء على تسمية هذا النوع من أنواع الضرورة باسم « الاكراه » . وقد أضاف له البعض اسما آخر هو الاضطراب الانساني (٢) .

(١) فضيلة المرحوم الشيخ زكريا البرديسي في « بحث » الاكراه بين الشريعة والقانون مجلة القانون والاقتصاد س ٣١ ص ٦ .
(٢) فضيلة الشيخ البرديسي - المرجع السابق - ص ٥ .

وتتميز هذه الحالة عن الحالة الأولى بأن منشأ الخطر فيها هو ضغط المكره وتهديده الذى من شأنه أن يجبر الفاعل - ماديا أو معنويا - على ارتكاب الجريمة رغما عنه . فالإنسان - هنا - له تدخل مباشر فى قيام الخطر وحلوله بعكس الحالة الأولى فإن الخطر فيها راجع الى القوة الطبيعية .

٣٨٠ - الحالة الثالثة : حالة الضرورة التى يكون مرد الخطر فيها الى اعتداء صادر من شخص الى آخر فيضطر الأخير الى رد الاعتداء قبل وقوعه . وهذه الحالة التى اصطلح الفقهاء على تسميتها بحالة « دفع الصائل » التى يطلق عليها فى الاصطلاح الحديث الدفاع الشرع » .

وتتفق هذه الحالة مع سابقتها بأن مصدر الخطر يرجع الى تدخل الإنسان - فى الغالب - ولكنها تختلف عنها فى أن الخطر فى حالة الاكراه موجه الى الإنسان بقصد ارتكاب الجريمة عمدا . أما فى حالة الدفاع فان الشخص يضطر الى ارتكاب الجريمة دفعا لخطر الاعتداء الموجه اليه - أو الى الغير - بقصد الحاق ضرر مباشر بالمعتدى عليه .

٣٨١ - وغنى عن البيان أن الفقهاء المسلمين يعتبرون التطبيقات المختلفة لنظرية الضرورة منحصرة فى هذه الحالات الثلاث . كما أكد ذلك العلامة السيوطى حيث ذكر بعض القواعد الشرعية المتعلقة بأصل ازالة الضرر فقال : « وهذه القاعدة تتعلق بها قواعد :

الأولى : الضرورات تبيح المحظورات ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة واساغة اللقمة بالخمير ، والتلفظ بكلمة الكفر للاكراه ودفع الصائل » .

ونظرا لأن موضوعنا الذى قمنا بدراسته تفصيلا هو نظرية الضرورة بمعناها الخاص فاننا نذكر بالتفصيل الوافى ان شاء الله التطبيقات المختلفة لهذه الحالة .

٣٨٢ - فقد تعرض ظروف للانسان يجد نفسه فيها معرضا لخطر جسيم يكاد يؤدي بحياته وقد يكون انتقاذ نفسه من ذلك الخطر متوقفا على ارتكاب فعل محرم شرعا ، فحفظا لمهجته - التي كادت أن تزهق - يباح له ارتكاب هذا الفعل ، وان كان في ذاته غير مشروع نظرا لتوقف دفع الخطر عليه .

ومن ناحية أخرى قد يكون الخطر الجسيم محدقا بنفس شخص آخر غير نفس الفاعل حيث لم يجد أمامه سبيلا لتخليص هذا الغير الا بارتكاب الفعل المكون للجريمة فحفظ النفس واجب على كل قادر عليه . ولكل من هاتين الصورتين تطبيقات ، مختلفة في الفقه الاسلامي .

على أنه قد يتوقف انتقاذ صاحب الضرورة على قتل شخص آخر ، كما قد لا يتطلب انتقاذه سوى التضحية ببعض الأطعمة أو الأموال وما الى ذلك وهذه الوسائل تختلف في حكمها عن بعضها البعض .

٣٨٣ - وهكذا تبدو خطة البحث في هذا القسم على النحو التالي (١) .

الباب الأول : الضرورة وجرائم النفس .

الباب الثاني : تناول المطعم والمشروب المحرم عند خوف الهلاك

الباب الثالث : الضرورة وجرائم الأموال .

الباب الرابع : الضرورة القائمة بالغير .

(١) مع الاعتذار للقارئ الكريم عن هذا التعديل في خطة القسم الثاني .

الباب الأول

الضرورة وجرائم النفس

٣٨٤ - قد يتعرض الانسان للهلاك بأن يصبح في حالة تهدده بخطر حال على نفسه وقد يتوقف دفع هذا الخطر على قتل نفس من الأتفس ، وقد تتعرض مجموعة كبيرة من الناس لخطر جسيم وقد تتوقف نجاة هذا الجمع من الناس على قتل نفس أو نفسين أو أى عدد منهم فى سبيل نجاة الجميع •

فهل يصح القول بالتمسك بقيام حالة الضرورة لتبرير أى من هذه الجرائم • سبق القول بأن الضرورة لا أثر لها مطلقا فى جرائم النفس وبذلك ظهر الجواب على هذا السؤال بالنفى المحتم • ولكن لما كانت هناك بعض المسائل الفرعية التى تتطلب بحثا من جوانب أخرى لذلك خصصت هذا الباب لدراسة هذه المسائل التى منها ما يتعلق بقتل نفس وقاية لنفس أخرى أو ما يتعلق بقتل نفس وقاية لجمع كبير من الناس •

وعلى ذلك فإن البحث - هنا - سيكون على الوجه التالى :

الفصل الأول : قتل نفس وقاية لنفس أخرى •

الفصل الثانى : قتل نفس وقاية لأنفس عديدة •

الفصل الأول

قتل النفس وقاية لنفس أخرى

٣٨٥ - أجمع الفقهاء على أن الضرورة لا أثر لها على جريمة قتل النفس التي حرم الله قتلها الا بالحق . وانعدام أثرها في هذه الجريمة من كل الوجوه - أي من حيث الاباحة أو الترخيص أو التخفيف .

ويلحق بجريمة القتل سائر جرائم الأنفس - الأخرى وهي جرائم الضرب والقطع والجرح - لأن هذه الجرائم من شأنها أن تؤدي الى القتل عادة باستثناء الضرب الخفيف . فلذلك ألحقت بها اذ من المحتمل أن تؤدي بحياة من وقعت عليه ، ولهذا فلا أثر لنظرية الضرورة على هذه الجرائم مطلقا . وقد تناولنا هذه المسألة بالتفصيل في القسم الأول وانما الذي دعانا الى اعادة الاشارة الى ذلك ما قد يتوهم من وجود استثناء على هذا الحكم ، فقد نص الفقهاء على مسألة أباحوا فيها قتل النفس وقاية لنفس أخرى تلك هي مسألة قتل الممتنع عن اغاثة المضطر ولكن بعد دراستها بالتفصيل سنرى أن القتل فيها يجري على القواعد العامة وليس من قبيل الاستثناء على أحكام الضرورة .

قتل الممتنع عن انقاذ المضطر :

٣٨٦ - ذكر الفقهاء حالة أباحوا فيها للمضطر أن يرتكب جريمة القتل في ظروف معينة وقد يبدو أن هذه الحالة استثناء من الحكم السابق . ولكن الواقع غير هذا فحالة الضرورة بمعناها الخاص ليس لها أدنى أثر على جرائم الأنفس وهو حكم لا يقبل الاستثناء بأي حال من الأحوال .

وفيما يلي سنشرح هذه المسألة مع عرض لنصوص الفقهاء من المذاهب المختلفة ثم نبين الأساس التي تقوم عليه .

٣٨٧ - أباح الفقهاء جميعا للمضطر الى الماء أو الغذاء أن يطلبه من الشخص الذي يوجد لديه متى كان ذلك زائدا عن حاجته .

فان أجابة فيها ونعت ، والا فللمضطر أن يعرض عليه الثمن الذي
يريده فان تعالى في الثمن كان علي المضطر أن يقبل الثمن الذي يطلبه
ولكن لا يلزمه في النهاية الا ثمن المثل .

غير أن صاحب الماء أو الغذاء قد يرفض رفضا باتا أن يعطى المضطر
شيئا لينقذ به حياته من الهلاك - وفي هذه الحالة أباح الفقهاء للمضطر
أن يلجأ الى استعمال القوة ليأخذ منه الطعام أو الشراب اللازم لانقاذ
حياته وحفظها من الهلاك . فان كابر صاحب الطعام في امتناعه جاز لصاحب
الضرورة أن يقاتله - ويستحسن أن يكون في بادىء الأمر بغير سلاح
أو بسلاح ولكن على سبيل التهديد - فان بدا وأصر الأخير على امتناعه
وبدا للمضطر أنه لن يأخذ منه شيئا وأن حياته قد أشرفت على الهلاك
وأنه لا سبيل الى انقاذ حياته الا بقتل الممتنع ، جاز له قتله . فان فعل
فلا عقاب عليه لأن صاحب الماء أو الغذاء بامتناعه عن تقديمهما للمضطر
يعتبر معتديا مثله في ذلك مثل الباغي أو الصائل . وكل منهما يجوز
قتاله ، بل ويحل قتله . اذا لزم الأمر .

٣٨٨ - ونرى أنه لا خصوص للماء والغذاء بل ما ذكره الفقهاء
كان على سبيل المثال . واذن فيجوز - قياسا - قتال من يمتنع عن
تقديم الدواء للمريض المشرف على الهلاك متى كان الدواء اللازم للشفاء
موجودا عند شخص بعينه ولا سبيل الى أخذه الا باستعمال القوة أو
المقاتلة متى كانت هي السبب الوحيد الذى به يستخرج الدواء المطلوب .

٣٨٩ - الأصل في ذلك ، ما روى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله
أن يدلوهم على البئر فأبوا ، فسألوهم أن يعطوهم دلوفا فأبوا ، فقالوا
لهم ان أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع فأبوا ، فذكروا ذلك لسيدنا
عمر رضي الله عنه ، فقال : « هلا وضعتم فيهم السلاح » (١) .

٥٦٩ - ونظرا لدقة هذه المسألة رأيت من اللازم عرض تطبيقات
مختلفة لما أورده فقهاء المذاهب في هذا الموضوع .

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج ٦ ص ١٨٩ ط ١٩١٠ .

الفقه الحنفى :

ذكر فقهاء الحنفية •• تطبيقات كثيرة لهذه المسألة نذكر منها ما قرروه من أن صاحب البئر اذا منع منه ابن السبيل المضطر الى الماء فانه يجوز للمضطر مقاتلته بالسلاح فان قتل المضطر فهو شهيد وعلى قاتله القصاص وان قتل المانع فدمه هدر وهذا ما يؤكد الكاسانى صاحب البدائع حيث يقول « وليس له أن يمنع الناس من الشفة وهو الشرب •• الا اذا كان ذلك فى أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم من الدخول فى أرضه ، — اذا لم يضطروا اليه بأن وجدوا غيره — لأن الدخول اضرار به من غير ضرورة ، فله أن يدفع الضرر عن نفسه وان لم يجدوا غيره ، واضطروا وخافوا الهلاك ، يقال له اما أن تأذن بالدخول واما أن تعطى بنفسك ، فان لم يعطيهم ومنعهم من الدخول ؛ لهم أن يقاتلوه بالسلاح ليأخذوا قدر ما يندفع به الهلاك عنهم » (١) •

غير أن هذا الحكم خاص بما اذا كانت المياه تجرى فى المجارى الخاصة ، أو تنبع وتتفرج من عيون خاصة كالآبار الخاصة (٢) •

٣٩٠ — أما الماء المحرز فى الأوانى والأنايب والصحاريح ونحوها بما أعد لحفظ الماء وادخاره فهو ملك خاص لأصاحبه لا حق لأحد فيه (٣) ولذلك فان الحنفية يعطون لهذا النوع من الماء حكم الطعام وسائر الأموال المحرزة ، ويوجبون بذله للمضطر ويبيحون له ان يأخذه من صاحبه ولو باستعمال القوة عند اللزوم فاذا تطلب الأمر قتاله جاز ذلك للمضطر ولكن لا يقاتله بسلاح وفى هذا يقول الكاسانى : « فمن كان عنده فضل ماء زائد عن حاجته للممنوع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل بما دون السلاح كما اذا أصابته مخمصة وعند صاحبه فضل طعام فسأله فمنعه وهو لا يجد غيره (٤) •

(١) المرجع السابق نفس الموضع ويراجع ايضا الهداية مع فتح القدير ج ٨ ص ١٤٤ — ١٤٥ الطبعة الأولى سنة ١٣١٨ هـ .
(٢) الأستاذ محمد سلام مذكور — الإباحة عند الاصوليين والفقهاء — مجلة القانون والاقتصاد س ٣١ ص ٤٢٥ الى ص ٤٣٥ .
(٣) المرجع السابق — نفس الموضع ص ٤٢٦ .
(٤) المرجع السابق — ج ٦ ص ١٨٨ .
(١٩٢ م — نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى)

فقد أجاز فقهاء المذهب الحنفى لمن يضطر الى ماء أو طعام أن يطلب ذلك من صاحبه فان امتنع فللمضطر أن يقاتله اذا لم يجد غيره ولكنهم حينما أباحوا المقاتلة اشترطوا فيها أن تكون بغير سلاح ويعلمون ذلك أنه « لا بد من مراعاة حرمة الملك لحرمة القتال بالسلاح » (١) .

٣٩١ — الفقه المالكى — وقد ورد مثل هذا الحكم فى كثير من كتب المالكية ، فقد جاء فى كتاب التاج والاكلیل المختصر خليل ما نصه : « واذا بلغت الضرورة الى استباحة الميتة فقد لزم صاحب الثمر والزرع مواساته بثمر ان كان عنده ، أو بغير ثمن ان لم يكن عنده واما ان لم يجد ما لم يؤكل كالثياب والعين فلا يجوز له أخذ شيء منه لأنه لا يؤكل ، سواء وجد عنده أم لا ، وقد أحسن ابن حبيب ايراد هذه المسألة حيث قال ان حضر صاحب المال فحق عليه أن يأذن له فى الأكل ، فان منعه فجائز للذى خاف الموت أن يقاتله حتى يصل الى أكل ما يرد نفسه ، قال « الباجى يريد أنه يدعوه أولا الى أن يبيعه منه بثمر فى ذمته ، فان أبى اعلمه أنه يقاتله عليه » (٢) .

وجاء فى الشرح الكبير للدردير ما يقرب من هذا المعنى ونصه : « وقاتل المضطر — جوازا — رب الطعام ان امتنع من دفعه له — فيقاتله — على أخذه منه بعد أن يعلم ربه — أنه ان لم يعطه قاتله فان قتل فهدر » (٣) .

٣٩٢ — وقد أحسن المالكية فى ايراد هذه النصوص حيث أوردوا فيها كل الاحتمالات فأوجبوا على المضطر أن يطلب أولا ، ثم بعد ذلك عليه أن يعرض الثمن ان كان عنده أو فى ذمته عند عدم وجوده فان امتنع فى كل الحالات وجب على المضطر أن ينذره بالمقاتلة ان استمر على اصراره فان ظل ممتنعا رغم الانذار كان له أن يقاتله فان قتل المانع بعد ذلك قدمه هدر أى لا قصاص فيه ولا دية .

(١) المرجع السابق — ج ٦ ص ١٨٩ .
(٢) التاج والاكلیل ج ٣ ص ٢٣٤ الطبعة الاولى سنة ١٣٤٨ هـ
مواهب الجليل .
(٣) الشرح الكبير ج ٢ ص ١١٦ — ١١٧ وحاشية الدسوقى عليه .

٣٩٣ — الفقه الشافعى : جاء فى كتاب مغنى المحتاج ما يفيد أنه اذا وجد لدى شخص طعام زائد عن حاجته يجب عليه أن يبذله لمن هو مضطر اليه وهذا نص العبارة * * « أو وجد طعام حاضر غير مضطر له (لزمه) أى غير المضطر (بذله) لا طعام مضطر معصوم (مسلم أو ذمى) أو نحوه كمعاهد ولو كان يحتاج اليه فى ثانى حال على الأصح للضرورة الناجزة ويجب على المضطر أن يستأذن مالك الطعام أو وليه فى أخذه (فان امتنع) هو أو وليه — غير مضطر فى الحال — من بذله بعوض لمضطر محترم (فله) أى للمضطر قهره على أخذه » وان احتاج اليه المانع فى المستقبل * * * وانما يجوز قتاله على ما يدفعه به ضرورته « ، وهو ما يسد الرق ، * * * ولا يقتض منه للممتنع أن قتله ولا تؤخذ له دية ، ويقتض له ان قتله الممتنع ، لأنه لم يتعد بخلاف الممتنع » (١) ، والجديد فى هذا النص — زيادة عن ما تقدم — وجوب بذل الطعام للمضطر سواء كان مسلما أو ذميا أو معاهدا * وهكذا ضرب الاسلام مثلاً أعلى فى المحافظة على الأنفس .

٣٩٤ — الفقه الحنبلى : صرحت كتب المذهب الحنبلى بجواز مقاتلة الممتنع عن بذل الطعام أو الشراب لمن يستغيث به ، فقد جاء فى المغنى ما نصه :

« وان لم يكن صاحب الطعام مضطرا اليه لزمه بذله للمضطر »
« لأنه يتعلق به احياء نفس آدمى معصوم * * * فان احتيج فى ذلك الى قتال فله المقاتلة عليه ، فان قتل المضطر فهو شهيد ، وعلى قاتله ضمانه ، وان آل أخذه الى قتل صاحبه فهو هدر ، لأنه ظالم بقتاله فأشبه الصائل » (٢) .

٣٩٥ — الفقه الظاهرى * وقد جاء فى المحلى لابن حزم ما نصه
« لأن فرضا على صاحب الطعام اطعام الجائع * * * وله — أى للمضطر — أن يقاتل عن ذلك فان قتل فعلى قاتله القود وان قتل المانع فالى لعنة الله ، لأنه منع حقا ، وهو فئة باغية ، قال تعالى (فان بغت احدهما على

(١) مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج ج ٤ ص ٢٠٨ ، ص ٣٠٩ ط ١٣٥٢ هـ — ويراجع ايضا اسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٣ ط ١٣١٣ هـ .

(٢) المغنى ج ١١ ص ٨٠ — ط ١٣٤٨ هـ .

الأخرى فقاتلوا التي تبغى حتى تقىء الى أمر الله) ومانع الحق باغ على أخيه الذى له الحق ، فبهذا قاتل أبو بكر الصديق رضى الله عنه مانعى الزكاة ، وبالله التوفيق » (١) •

٣٩٦ — ويلاحظ على هذه المذاهب أنها تقرر — بالاجماع — جواز مقاتلة الممتنع عن اغاثه نفس في حالة خطر حال الا أنهم يشترطون لذلك أن يكون الممتنع هو الشخص الوحيد الذى يستطيع انقاذ هذه النفس • كما أنهم يشترطون في المقاتلة أن تكون هى الوسيلة الوحيدة التى لا يمكن بدونها الحصول على القدر اللازم للانقاذ فان كان أمكن ذلك بأى وسيلة أخرى فلا تجوز المقاتلة • ومن أقدم عليها كان ضامنا للنفس والمال ما دام في الامكان اغاثة المضطر بلا قتال •

٣٩٧ — أما ما ذهب اليه بعض الحنابلة من أن صاحب الطعام اذا لم يبيعه للمضطر الا بأكثر من ثمن المثل فان للمضطر قتاله (٢) فهو رأى ضعيف في المذهب الحنبلى نفسه ، والرأى الراجح عند الحنابلة أنه لا يجوز قتاله في مثل هذه الحالة لا مكان الوصول الى الطعام بدون مقاتلة (٣) • وهنا يقرر فقهاء المذهب الحنبلى مع غالبية المذاهب الأخرى — أن المضطر اذا اشترى الطعام بأكثر من ثمن المثل لم يلزمه الا ثمن مثله (٤) •

٣٩٨ — وعلى ذلك ما دام في الامكان طلب الاغاثة بالمال فيجب دفع هذا المال مهما كانت قيمته ومهما كان الثمن مجحفا اذ لا يمكن اباحة النفس بأى حال في مثل هذه الصورة • على أن المضطر اذا دفع أكثر من ثمن المثل كان له أن يرجع بعد أن تزول ضرورته بما دفعه زائدا عن ثمن المثل طبقا للقواعد العامة (٥) •

(١) المحلى ج ٦ ص ١٥٩ ط — ١٩٤٨ م •

(٢) ، (٣) المعنى السابق نفس الموضع •

(٤) المرجع السابق نفس الموضع •

(٥) ويراجع بصفة خاصة المعنى ج ١١ ص ٧٨ حيث نص صراحة على أنه اذا امتنع من بذله الا بأكثر من ثمن مثله فاشتراه المضطر بذلك لم يلزمه أكثر من ثمن مثله لان الزيادة احوج اليها بغير حق فلم يلزمه لأنه مكروه ومع ذلك فقد جاء في سنن المطالب ما يفيد أن مذهب الشافعية أن المضطر اذا اشترى بأكثر من ثمن المثل لزمه بل حتى لو كان يغبن فاحش وهذا نص ما جاء في المرجع المذكور : « فان اشتراه منه بأكثر من ثمن المثل ولو بأكثر مما يتغابن به وهو قادر على قهره واخذه منه لزمه ذلك وان في شرائه لانه مختار في الالتزام فكان كما لو اشتراه بثمن مثله » ج ١ ص ٥٧٢ •

ومن رأينا أنه يشترط أن تكون المقاتلة للتهديد في بادىء الأمر •
فعلى المضطر أن يقاتل بوسيلة لا تؤدي الى الموت غالبا وهنا تجدر الإشارة
الى ما قرره المذهب الحنفى من أنه لا يجوز المقاتلة على الطعام أو الماء
الخاص بالسلاح كما سبق بيان ذلك فإن أمكنه أن يأخذ ما يسد
رمقه فذاك • والا لجأ الى وسيلة أخرى مع مراعاة استعمالها في بادىء
الأمر — أيضا على وجه لا يؤدي الى الهلاك فإن أجدت فيها ونعمت والا
لجأ الى وسيلة أخرى ما دام ذلك ممكنا • ولا يجوز الالتجاء الى المقاتلة
الحقيقية الا اذا أعوزته جميع الوسائل الأخرى • مع قدرة صاحب الطعام على
انقاذ المضطر بما لديه • • بأن فشلت كل وسيلة سلمية لأخذ القدر اللازم لسد
رمقه فهنا فقط تجوز المقاتلة بالسلاح • فان قتل المضطر في هذه الحالة
فهو شهيد وفيه القصاص وان قتل المانع فذلك جزاء تعنته ولا قصاص
فيه ولا دية •

اساس الحكم السابق :

٤٠٠ — ويجب ألا يغيب عن البال أن هذه الحالة التى ذكرها الفقهاء
ليست استثناء واردا على القاعدة العامة التى تحرم قتل النفس تحريما
كليا قاطعا مؤيدا بلا استثناء ذلك لأن الضرورة فى هذه الحالة الخاصة
ليست هى السبب الأساسى فى اباحة قتل الممتنع • بدليل أن الفقهاء جميعا
يشترطون لجواز المقاتلة أن يكون صاحب الطعام غير مضطر اليه • كما
كما جاء فى النصوص التى سقناها فيما سلف (١) •

فدفع الضرر بالضرر لا يصح ولذلك نراهم كثيرا ما يقولون انه
لا يجوز للمضطر أن يأخذ طعام مضطر آخر لكن وجود شخص فى حالة
ضرورة ووجود شخص آخر فى حالة يسر وسعة ولديه من الطعام والماء
ما يزيد عن كفايته فانه من الواجب دفع هذا الزائد أو بشيء منه لذلك
المضطر الذى أشرف على الهلاك • فان طلب المضطر منه شيئا • • فامتنع
فقد منعه حقا وضيع فرضا من فروض الله تعالى وهو اطعام الجائع الذى
لم يجد شيئا فمن تضييعه لهذا الفريضة ومنعه لذلك الحق جاز للمضطر
قتاله كما قاتل أبو بكر مانعى الزكاة •

(١) وفى المغنى ج ١١ ص ٨٠ : « اذا أصابت الضرورة خلقا كثيرا
وكان عند بعض الناس قدر كفايته وكفاية عياله • لم يلزمه بذلك للمضطرين
وليس لهم أخذه لأن ذلك يؤدي الى وقوع الضرورة به » •

وعلى ذلك فإن اباحة القتل ترجع الى أن امتناع صاحب الماء أو الغذاء — على هذه الصورة — سيؤدي حتما الى موت المضطر فأبيح له من أجل ذلك أن يطلب منه ما يسد رمقه أو يطفىء عطشه ، فإن امتنع كان له قتاله في الحدود التي بينها •

وهكذا فإن أثر الضرورة مقصور على جواز مطالبة رب المال به واستعمال القوة لأخذه من أجل الحصول على ما يسد رمق المضطر لأن الضرورة من ناحية أخرى توجب على صاحب الطعام أو الشراب أن يفعل ذلك من تلقاء نفسه أما مقاتلته فأساسها الامتناع الذي هو في الحقيقة اعتداء — والاعتداء اذا كان يخشى منه الموت يبرر المقاتلة ثم القتل • بل لقد صرح البعض من الفقهاء بما يؤيد هذا المعنى فقد جاء في أسنى المطالب ما نصه : « فإن امتنع المالك من بذله بعوض لمضطر محترم وهو أي المالك غنى أثم وإن احتاجه في المستقبل ، لأن في امتناعه اعانة على قتله ، ويجوز للمضطر قتاله أي الممتنع عما ذكر ... لكن انما يجوز قتاله على ما يسد الرمق » (١) •

الفصل الثاني

قتل نفس وقتل لآنفس

٤٠١ - هذه الحالة لا تختلف عن سابقتها في الحكم الذي قرره
لها الشريعة الغراء ، فقتل النفس محرم في كل الظروف ومهما كانت
الأوضاع ، ولو كان في قتلها نجاة عدد كبير من الناس .

والسبب الذي دعاني الى افراد هذه الحالة بالذكر على حدة يرجع
الى أن - هناك بعض شبهات قامت حول بعض المذاهب بخصوص هذه
المسألة فأردت أن أزيل كل شبهة من الأذهان بخصوص ما يمكن أن
يقوم حول أى مذهب من المذاهب الفقهية المشهورة ، فالفقهاء جميعهم
قد اتفقت كلمتهم على هذا الحكم ، وهو أنه لا يجوز - بأى حال من
الأحوال - الاقدام على قتل النفس بغير حق مهما ترتب على عدم قتلها
من النتائج . . . وقد يقال : اذا تترس الأعداء بمسلم ثم هاجمونا فبناء
على عموم كلامك لا يجوز قتل هذا المسلم مهما كانت النتائج ؟

٤٠٢ - غير أنه قد راجت على بعض الألسنة اشاعة عن الامام مالك
رضى الله عنه ومضمونها « أن مالك يرى القاء بعض ركاب السفينة لنجاة
جميع من فيها ، فلو أن عشرين رجلا في قارب - مثلا - وبينما هم في
عرض البحر اذ جاءتهم ريح عاصف وجاءهم الموج من كل مكان ،
وأصبحوا في حالة خطر داهم ولا سبيل الى نجاتهم الا بالقاء رجل أو
اثنين منهم في الماء حتى تخف حمولة القارب ، فانه على هذا - يجوز
عند مالك القاء هذا العدد القليل ما دام هو السبب الوحيد لنجاة
جميع الركاب .

هذا ما انتشر على الألسنة منسوبا الى مالك ومذهبه بل لقد ظهرت
مؤلفات حديثة في الفقه الاسلامى أشارت الى هذا الحكم وأكدت نسبته
الى امام دار الهجرة .

فقد جاء في بعضها ما نصه بالحرف الواحد :

« فان مالكا — يجوز قتل بعض المسلمين اذا تترس بهم الكفار في الحرب للمصلحة — وكذا لو تعين رمى البعض طريقا لنجاة باقى ركاب سفينة مهددة بالغرق » (١) •

أما مسألة التترس فسوف أتناولها بعد قليل من حيث بيان أساسها وموقف الفقهاء منها • وذلك بعد الفراغ من الرد على هذه الاشاعة المنسوبة الى مالك والتي لا أساس لها من الصحة •

وعلى ذلك فاننا نقسم هذا الفصل الى المبحثين الآتين :

المبحث الأول : بطلان ما نسب الى مالك بالنسبة لركاب السفينة •

المبحث الثانى : تترس الكفار بأسرى المسلمين •

المبحث الأول

فى

الرد على ما نسب الى مالك رحمه الله

٤٠٣ — وأما مسألة رمى بعض من فى السفينة لنجاة باقى ركابها فهى التى تثير العجب • وأعجب من ذلك نسبتها الى مالك رحمه الله • ذلك أن قواعد المذهب المالكى تنقض هذا الادعاء نقضا تاما ومن جميع الوجوه •

وفقد نقصت أمهات الكتب فى هذا المذهب فما رأيت اشارة من قول صحيح ولا أثارة من علم ثابت تنبىء عن صحة هذا القول • بل على النقيض من ذلك ما وجدت الا كل ما يبطل هذا الادعاء وان نسبته الى مالك لا أساس لها من الصحة •

واننى حينما أقرر هذا وأؤكد أسواق البراهين القاطعة من كتب المذهب المالكى التى تمحو من الأذهان كل أثر لهذه الاشاعة الباطلة المبطلّة التى ذاعت نسبتها الى الامام مالك رحمه الله ، وهو منها براء •

(١) الموجز فى الفقه الاسلامى المقارن للشيخين عبد السميع أحمد امام ومحمد عبد اللطيف شافعى ج ١ ص ٦ الطبعة الأولى — دار الطباعة المحمدية •

٤٠٤ — أولا : نص القرافي صراحة في كتاب « الفروق » على ما ينقض هذه الاشاعة وما يبرهن على أن مذهب المالكية على خلافها .

فقد ساق رحمه الله الفرق الخامس بعد المائتين من الكتاب المذكور — للتفريق بين قاعدة مايضمن بالطرح من السفن وبين قاعدة مالا يضمن — ثم ذكر تحت هذا العنوان ما نصه بالحرف الواحد :

« .. وان لم يكن في السفينة غير الآدميين لم يجز رمي واحد منهم لنجاة الباقيين وان كان ذميا » (١) .

فقد بين في أول كلامه « أنه يجوز القاء الأمتعة من السفينة لانجاء من فيها من الأتفس ، وقد حدد المسؤولية عن ضمان الأموال التي ألقيت . ثم بعد أن شرح ذلك تفصيلا قرر أنه اذا لم يكن في السفينة الا الآدميين فانه لا يجوز القاء واحد منهم لنجاة الباقيين ثم بالغ في حرمة القاء الآدمي فقال وان كان ذميا .

٤٠٥ — ثانيا : ان المذهب المالكي يحرم على المضطر أن يتناول ما يسد رمقه من لحم الانسان الميت . ولو كان في ذلك انتقاذه من الهلاك المحقق (٢) بل لقد ثبت عن مالك رحمه الله — تحريم لحم الانسان الميت ولو كان كافرا .

فاذا كان مذهب الامام مالك يحرم الانتقاذ حتى بلحم الانسان الميت وذلك مبالغة في تكريم الانسان ومراعاة حرمة حتى بعد موته . فكيف يقبل أو يصدق أنه يبيح ذلك بقتل انسان حي ؟

ومما يؤكد هذا القول ما جاء في الشرح الكبير للعلامة أحمد الدردير : « وأما الآدمي فلا يجوز تناوله » (٣) .

وعلق على ذلك العلامة الدسوقي في حاشيته على الشرح المذكور فقال : « أى سواء كان الانسان حيا أو ميتا ولو كان لمضطر هذا هو المنصوص لأهل المذهب » (٤) .

(١) الفروق ج ٤ ص ١١ ط سنة ١٣٠٢ هـ المطبعة التونسية .
(٢) قارن في ذلك بعض المذاهب الاخرى : المفنى ج ١١ ص ٧٩ .
أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧١ .
(٣) ، (٤) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج ٢ ص ١١٦ .

ومما يؤيد هذا أيضا ما جاء في التاج والالاكيل من أنه « لا يجوز للمضطر أكل لحم ابن آدم الميت وإن خاف الموت » (١) .

٤٠٦ — ثالثا : ذكر العلامة القرطبي (٢) رحمه الله ، عند تفسير قوله تعالى : « فساهم فكان من المدحضين » (٣) ما نصه : « الاقتراع على القاء الآدمي في البحر لا يجوز . وإنما كان ذلك في يونس وزمانه مقدمة لتحقيق برهانه (٤) ، وزيادة في إيمانه . فانه لا يجوز لمن كان عاصيا أن

(١) التاج والالاكيل لمختصر خليل ج ٣ ص ٢٣٣ ط سنة ١٣٢٨ .

(٢) وهو من فقهاء المذهب المالكي كما هو معلوم .

(٣) سورة الصافات الآية رقم « ١٤١ » .

(٤) أى أن ما حدث لسيدنا يونس عليه السلام كان أمرا مطلوباً لاثبات معجزته عليه السلام حيث استجاب الله دعاءه وهو في بطن الحوت ونجاه من الغم الذي حل به وتتلخص هذه القصة في أصح الأسانيد وأجودها أنه صلى الله عليه وسلم وعد قومه العذاب وأخبرهم أن يأتيهم إلى ثلاثة أيام ففرقوا بين كل والدة وولدها — وخرجوا فجأروا إلى الله عز وجل واستغفروا . فكف الله عز وجل عنهم العذاب . وغدا يونس عليه السلام ينتظر العذاب فلم ير شيئا — وكان من كذب ولم تكن له بيعة قتل — فخرج يونس مغاضبا . فأتى قوما في سفينة فحملوه وعرفوه ، فلما دخل السفينة ركبت والسفن تسير يمينا وشمالا ، فقالوا ما لسفينتكم ؟ فقالوا لا ندرى فقال يونس : ان فيها عبدا أبقا من ربه عز وجل وانها لن تسير حتى تلقوه ، قالوا : أما انت يا نبي الله فانا لا نلقيك قال : فافترعوا ، فمن قرع فليقع . فافترعوا فقرعهم يونس ثلاث مرات فوق . وقد وكل الله به جل وعز حوتا فابتلعه وهو يهوى به إلى قرار الأرض ، فسمع يونس عليه السلام تسبيح الحصى : « فنادى في الظلمات لا اله الا أنت سبحانك انى كنت من الظالمين : » . . ظلمة الليل ، وظلمة البحر ، وظلمة الحوت ، قال الله تعالى : « فنبذناه بالعراء وهو سقيم » . . أى كهيئة الفرخ المبعوط الذى ليس عليه ريش وأنبث الله عليه شجرة من يقطين ، فكان يستظل بها ويصيب منها فيبست فبكى عليها ، فأوحى الله عز وجل اليه : أتبكي على شجرة يبست ولا تبكي على مائة ألف أو يزيدون أردت أن تهلكهم . ثم خرج رسول الله يونس فاذا بغلام يرعى ، قال : يا غلام من أنت ؟ قال : من قوم يونس . قال : فاذا جئت إليهم فأخبرهم أنك قد لقيت يونس . قال : ان كنت يونس فقد علمت انه من كذب يقتل اذا لم تكن له بيعة . فمن يشهد لى ؟ قال هذه الشجرة وهذه البقعة ؟ قال مرهما ، فقال لهما يونس : اذا جاءكما هذا الغلام فاشهدا له ، قالتا نعم . . فرجع الغلام إلى قومه وكان في منعة وكان له أخوة . فأتى الملك فقال : انى قد لقيت يونس ، وهو يقرأ عليك السلام . فأمر به أن يقتل . فقالوا ان له بيعة فأرسلوا معه فأتى الشجرة والبقعة فقال لهما انشدكما الله عز وجل أتشهدان انى لقيت يونس ؟ قالتا

يقتل أو يرمى به في النار أو البحر . وانما تجرى عليه الحدود والتعزير على مقدار جنايته . وقد ظن بعض الناس أن البحر اذا هال على القوم فاضطروا الى تخفيف السفينة أن القرعة تضرب عليهم لطرح بعضهم تخفيفا ، وهذا فاسد فانها لا تخفف برمي بعض الرجال وانما ذلك في الأموال . ولكنهم يصبرون على قضاء الله عز وجل (١) .

٧٠ ٤- رابعا : جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ما يفيد أن الأمتعة يجوز القائها من السفينة عند خوف غرقها . وأما الآدمي فلا يجوز القاؤه مطلقا . وفي هذا يقول العلامة الدسوقي رحمه الله : « ويجوز الطرح من السفينة عند خوف غرقها ، ويوزع ما طرح على عروض التجارة ولا سبيل لطرح الآدمي ذكرا أو أنثى ، حرا أو عبدا ، مسلما أو كافرا (٢) .

نعم . فرجع القوم مذعورين يقولون اشهدت له الشجرة والأرض . فأتوا الملك فاخبروه بما رأوا . قال عبد الله فتناول الملك يد الغلام فاجلسه في مجلسه . وقال : انت أحق بهذا المكان مني . . . (تفسير القرطبي ص ٥٥٧٤ - ٥٥٧٥) .

(١) تفسير القرطبي ص ٥٥٧٠ . (٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٧ وتامم العبارة « خلافا للخمى القائل بجواز طرح الآدميين بالقرعة . لأن هذا كالخرق للاجماع . على أنه لا يجوز امانة أحد من الآدميين لنجاة غير . . . وقد اوقفنا هذه العبارة على مصدر تلك الاشاعة التي ثبت أن الامام مالك منها براء . وان المذهب المالكي على خلافها .

فأصل هذه الاشاعة قول ضعيف مهجور في المذهب المالكي قاله اللخمى (وهو أبو الحسن على بن محمد الربيعي توفي سنة ٤٧٨ هـ وتنسب اليه اقوال ضعيفة في المذهب المالكي . حتى قالوا : انه باقواله الضعيفة مزق المذهب المالكي ، وقد قيل في هذا : « لقد مزقت قلبي سهام جفونها . . . كما مزق اللخمى مذهب مالك) . . . » واذا ثبت أن هذا القول ليس لمالك بل هو قول اللخمى الذي جاء بعد مالك بثلاثة قرون فكيف ينسب هذا القول لمالك ؟ . . . واذا كان قولنا ضعيفا ومردودا فكيف ينسب هذا الى المذهب المالكي ؟ فهل مجرد قول ضعيف ومهجور في المذهب يكفي لان يعتبر هو رأى امام المذهب وفقهائه ؟

الا يكفي اجماع فقهاء المذهب المالكي على تضعيف قول اللخمى ورده وانكاره ؟ . . . لقد قرر العلامة الدسوقي في رده على اللخمى أن الاجماع قد انعقد على خلافه وعلى ذلك فقول اللخمى بمثابة الخرق للاجماع ثم رد عليه كذلك بقاعدة مجمع عليها . وهي أنه لا يجوز امانة أحد من الآدميين لنجاة غيره . . .

وهكذا وضعت هذه العبارة النقط على الحروف لتؤكد ما سقناه قبلها من العبارات التي أطبقت على أن للإنسان كرامته واحترامه لمجرد كونه إنسانا بغض النظر عن جنسه أو صفته • فلا سبيل إلى طرح الآدمي مطلقا مهما كانت الظروف ومهما عظمت الأخطار بل مهما كان هذا الإنسان حرا أو عبدا أو ذكرا أو أنثى ، مسلما أو كافرا •

هذا هو المذهب المالكي في غاية البيان والوضوح ••

المبحث الثاني

تتربس الكفار بأسرى المسلمين

٤٠٨ — سبق أن قلنا أن حالة الضرورة بمعناها الخاص ليس لها أثر على جرائم النفس • لأن الله تعالى حرم قتل النفس تحريما أبديا خالدا حتى ولو كان في قتل النفس نجاة نفس أخرى أو نجاة مجموعة من الأنفس كما سبق أن بينا ذلك تفصيلا •

ولكن إذا خرجنا عن دائرة الأفراد • وأصبحنا أمام مصلحة الأمة بأسرها ، فإن النفس تهون في سبيل رضوان الله تعالى والجهاد ابتغاء وجهه عز وجل ، ومن هنا كانت فرضية الجهاد ، وكان ثواب المجاهدين أعظم درجة عند الله وأولئك هم الفائزون » •

ومن هذا المنطلق بحث الفقهاء حكم ما إذا تتربس الكفار بأسرى المسلمين بمعنى أنهم جعلوا أسرى المسلمين في المواجهة بحيث أن أى هجوم من المسلمين يكون موجها أولا إلى أسرى المسلمين أنفسهم • وبهذا لا يصل إلى العدو أى ضرر إلا بعد قتل هؤلاء الأسرى أو انزال الضرر الفادح بهم •

وهنا يجب التفرقة بين حالتين :

الأولى : إذا ترتب على عدم قتلهم هزيمة المسلمين •

الثانية : إذا كان في عدم قتلهم مجرد توقف الجيش عن التقدم •

الحالة الأولى : قتل المتربس بهم خوفا من الهزيمة :

٤٠٩ — إذا وضع العدو أسرى المسلمين في موقع استراتيجي هام ، بحيث يصبح العدو هو المسيطر على الموقف بصورة تهدد جيش المسلمين

وليس أمامهم الا الهجوم على العدو من هذا الموقع الذى سيؤدى الى قتل هؤلاء الأسرى ، للتخلص من ذلك الموقف الذى سيؤدى الى الهزيمة .. فهنا يجوز اقتحام هذا الموقع منعا للهزيمة التى قد تحل بجيش المسلمين دون النظر الى ما قد يترتب على ذلك من نتائج أظهرها قتل هؤلاء الأسرى أو ازالة الضرر الفادح بهم •

• وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء (١) •

يقول العلامة القرطبى رحمه الله : « يجوز قتل الترس ولا يكون فيه خلاف ان شاء الله وذلك اذا كانت المصلحة ضرورية كلية قطعية •

فمعنى كونها ضرورية ، أنها لا يحصل الوصول الى الكفار الا بقتل الترس • ومعنى أنها كلية أنها قاطعة لكل الأمة حتى يحصل من قتل الترس مصلحة كل المسلمين فان لم يقتل ، قتل الكفار الترس واستولوا على كل الأمة — والعياذ بالله — ومعنى كونها قطعية أن تلك المصلحة حاصلة من قتل الترس قطعاً • قال علماءنا وهذه المصلحة بهذه القيود لا ينبغي أن يختلف فى اعتبارها • لأن الفرض أن الترس مقتول قطعاً ، فاما بأيدي العدو فتحصل المفسدة العظيمة التى هى استيلاء العدو على كل المسلمين — وحاشا لله من ذلك — واما بأيدي المسلمين فيهلك العدو وينجو المسلمون أجمعون • ولا يتأتى لعاقل أن يقول الا بقتل الترس فى هذه الصورة بوجه خاص ، لأنه يلزم من القول بغيره ذهاب الترس والاسلام والمسلمين (٢) — وهذا لا يمكن أن يكون — ومن هنا كان هذا الحكم متفقاً عليه بين علماء الأمة أجمعين •

الحالة الثانية : عدم خوف الهزيمة :

٤١٠ — أما فى حالة عدم خوف الهزيمة بأن تترس العدو بأسرى المسلمين والجال أنه لا يخشى من ذلك هزيمة على المسلمين •

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٨٨ • والشرح الكبير للرددير حاشية الدسوقي عليه ج ٢ ص ١٨٧ الام ج ٤ ص ٦٤ — ٦٥ — المغنى ج ١٠ ص ٥٠٠ • البحر الزخار ج ٥ ص ٤٠٠ • المختصر النافع فى فقه الامامية ص ١٣٦ — شرح النيل وشفاء الخليل ج ٧ ص ٤٢٦ •

(٢) تفسير القرطبى ص ٦١٠٧ — ٦١٠٨ •

وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على مذهبين :

المذهب الأول : مذهب الحنفية (١) والشافعية (٢) وبعض الحنابلة (٣) . وهو الظاهر من مذهب الامامية (٤) ، والأباضية (٥) وخلاصة هذا المذهب أنه يجوز اقتحام الموقع ما دام ذلك لازماً لتقدم المسلمين ونصرتهم حتى ولو ترتب على ذلك قتل المتترس بهم الا أنه يشترط لذلك ألا يقصدوا برميهم الا الكفار . وكيفية ذلك أن يكون في نيتهم قتل أفراد العدو . فان ترتب على هذا الرمي قتل أسرى المسلمين أو أصابته فلا دية فيه ، أو ديته في بيت المال وأدلة هذا المذهب ما يأتي :

أولاً : أنه لو اشترط عدم وجود أسير مسلم في صفوف العدو لا نسد باب الجهاد مرة واحدة لأن حصناً ما أو مدينة فلما تخلو عن أسير مسلم فلزم من اقتراض القتال مع الواقع اهدار اعتبار وجوده فيه فصار كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فانه يجوز اجماعاً مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله . وهو الجامع غير أن الواجب ألا يقصد بالرمي الا الكافر لأن قصد المسلم بالقتل حرام » (٦) .

ثانياً : ان فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام ، باثبات الضرر الخاص وهو واجب » (٧) .

٤١١ — المذهب الثاني : مذهب المالكية (٨) والزيدية (٩) وبعض الحنابلة ، وهو مذهب الأوزعي والليث بن سعد والحسن بن زياد (١٠) .

وخلاصة هذا المذهب أنه لا يجوز رمي أسرى المسلمين اذا تترس بهم الكفار الا في حالة واحدة — وهي ما اذا خيف على المسلمين الهزيمة (١١) .

(١) فتح القدير ج ٤ ص ٢٨٨ .

(٢) الام ج ٤ ص ٦٤ — ٦٥ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٥٠٥ .

(٤) المختصر النافع ص ١٣٦ .

(٥) شرح النيل ج ٧ ص ٤٢٦ .

(٦) ، فتح القدير ج ٤ ص ٢٨٨ .

(٧) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ١٨٧ .

(٨) البحر الزخار ج ٥ ص ٤٠٠ .

(٩) ، (١٠) المغنى ج ١٠ ص ٥٠٥ .

(١١) وهي الحالة الاولى التي بينها .

أما في غير هذه الحالة فلا يجوز مطلقاً (١) .

وأدلة هذا المذهب تتلخص فيما يأتي :

أولاً : قول الله تعالى : « هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدى معكوفاً أن يبلغ محله ولولا رجال مؤمنون ونساء مؤمنات لم تعلموهم أن تطؤهم فتصيبكم منهم معرة بغير علم ليدخل الله في رحمته من يشاء لو تزيلوا لعذبنا الذين كفروا منهم عذاباً أليماً » (٢) .

وسبب نزول هذه الآية المباركة (٣) أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج من المدينة هو وأصحابه في السنة السادسة من الهجرة يريد زيارة البيت الحرام بمكة المكرمة (٤) فلما علمت قرش بخروجه جمعوا جموعهم ليصدوا المسلمين عن البيت الحرام ، وحتى لا يدخلوا عليهم مكة عنوة . فلما بلغ النبي صلى الله عليه وسلم أمر قريش قال أشيروا على أيها الناس ؟ فقال أبو بكر رضي الله عنه : يا رسول الله خرجت عامداً لهذا البيت لا تريد قتل أحد ولا حرب أحد فتوجه له فمن صدنا عنه قاتلناه

(١) فلا يجوز الرمي من أجل تقدم الجيش أو من أجل مزيد من الانتصارات .

(٢) سورة الفتح الآتية رقم « ٣٥ » . . وقوله تعالى : « هم الذين كفروا » يعني قريشاً منعوكم دخول المسجد الحرام عام الحديبية « والهدى معكوفاً » أي محبوساً أو موقوفاً « أن يبلغ محله » أي منجرة المكان الذي ينحر أو يذبح فيه وهو الحرم . ولولا رجال مؤمنون يعني المستضعفين من المؤمنين بمكة وسط الكفار مثل سلمة بن هشام ، وعباس بن ربيعة وأبي جندل بن سهيل وغيرهم « لم تعلموهم » أي لم تعرفوهم أو لم تعلموا أنهم مؤمنون (أن تطؤهم) بالقتل والإيقاع بهم « فتصيبكم منهم معرة بغير علم » « المعرة » العيب ، وهي مفحلة من العر وهو الجرب أي يقول المشركون : قد قتلوا أهل دينهم . وقيل يصيبكم من قتلهم ما يلزمكم من أجله كفارة قتل الخطأ « لو تزيلوا » أي تميزوا أو تفرقوا فقتل : لو زال المؤمنون من بين أظهر الكفار لعذب الله الكفار بالسيف . ولكن الله يدفع بالمؤمنين عن الكفار .

تفسير القرطبي ص ٦١٠٣ - ٦١٠٦ . تفسير ابن كثير ج ٤ ص ١٩٣ - ١٩٤ حاشية الصاوي على تفسير الجلالين ج ٤ ص ٩٧ - ٩٨ ط ١٣٦٠ هـ ١٩٤١ م .

(٣) وكذلك سورة الفتح .

(٤) فأحرم النبي صلى الله عليه وسلم بالعمرة ليعلم الناس أنه لا يريد قتال أحد .

قال : امضوا على اسم الله (١) فسار النبي صلى الله عليه وسلم حتى اذا كان بالثنية التي يهبط عليهم منها بركت راحلته فقال عليه الصلاة والسلام جيسها حابس الفيل .. والذي نفسى بيده لا يسألونى خطة يعظمون فيها حرمت الله الا أعطيتهم اياها .. ثم عقد النبي صلى الله عليه وسلم صلح الحديبية (٢) فنزلت سورة الفتح ومنها هذه الآية التى تبين أن الله عز وجل لم يأذن بقتال مشركى مكة لوجود رجال مؤمنين ونساء مؤمنات مقيمين بمكة وغير معلومين سيصيبهم من القتال ضرر ومكروه وتعود المعرة على المسلمين من ذلك (٣) . لولا وجود هؤلاء لعذب الله كفار مكة عذابا أليما على أيد أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم .

واذا كان الأمر كذلك فانه يتعين عدم رمى الأسارى من المسلمين اذا تترس بهم العدو طالما أن الجيش غير مهدد بالهزيمة .

ثانيا : ان الاقدام على قتل المسلم حرام . وترك قتل الكافر جائز ولا يقبل شرعا ارتكاب المحرم من أجل الجائز .

ثالثا : ان مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر (٤) .

٤١٢ — والذي نراه — والله أعلم — أن المذهب الثانى هو الراجح فطالما أن الجيش غير مهدد بالهزيمة فلا يجوز رمى أسارى المسلمين بأى حال .

وسندنا في هذا الترجيح امران :

الأول : صراحة النصوص القرآنية الكريمة الواردة في واقعة معينة قد ذكر الله تبارك وتعالى السبب الذى من أجله كف أيدي المسلمين عن قتال المشركين حتى لا يكون هذا القتال سببا في قتل المؤمنين والمؤمنات الذين يكتمون ايمانهم خوفا من بطش الكفار الذين يقيمون معهم .

(١) صحيح البخارى ج ٣ ص ٢٨ — ٢٩ .
(٢) قرية ليست بكبيرة بينها ومن مكة مرحلة وبينها وبين المدينة المنورة تسع مراحل يقال أن بعضها من الحل وبعضها من الحرم سيرة ابن هشام ج ٣ ص ٢٦٤ هامش (٤) .
(٣) صفوة البيان لمعانى القرآن ج ٢ ص ٣٣٨ — ابن كثير ج ٤ ص ١٩٦ وما بعدها .

(٤) فتح القدير ج ٤ ص ٨٨ . وقد ساق هذين الدليلين الكمال ابن الهمام رحمه الله على أنها أدلة الحسن بن زيادة ومن معه ولذلك فلا ماخذ علينا ان نحن أشرنا اليهما من كتب المذهب الحنفى .

الثانى : أن الله عز وجل كرم النفس الانسانية وحرم قتلها الا بالحق • وقد سبق أن رأينا أن الضرورة لا أثر لها في جرائم النفس • ولكن اذا توقفت مصلحة البلاد العليا على التضحية ولو بالنفس وجب ذلك • بشرط أن تكون مصلحة ضرورية قطعية كلية ، كما بينا في الحالة الأولى • وهى ما اذا توقفت مصلحة الأمة كلها على قتل هؤلاء المتترس بهم ، فهنا يجوز ذلك حفاظا على الأمة بأسرها • أما في غير هذه الحالة فلا مجال للتهاون في النفس التى حرم الله قتلها الا بالحق حتى ولو كان ذلك في سبيل احراز نصر جديد •

٤١٣ — ومن ناحية أخرى فاننا نستطيع الرد على أدلة المذهب الأول من وجهين :

أولا : قولهم ان اعتبار هذا القيد يؤدى الى سد باب الجهاد لأن مدينة أو حصنا قلما تخلو من أسير مسلم — هذا القول منهم — في غير محل النزاع • ذلك أن محل « النزاع هو أن يتترس الكفار بأسرى المسلمين وهذا شيء مؤكد بل واقع ملموس وليس أمرا محتملا • ودليلهم يقوم على الاحتمال وهو غير مؤثر فاحتمال وجود أسير مسلم أو تاجر مسلم لا يحول دون مقاتلة الأعداء بشروطها الشرعية •

ثانيا : قولهم ان فى رمى الأسرى دفع الضرر العام باثبات الضرر الخاص وهو واجب — هذا القول لا يفيدهم ولا يعتبر حجة لهم •

وبيان ذلك أنه اذا أمكن دفع الضررين العام والخاص كان ذلك هو الواجب دون شك • والقول بعدم قتل أسرى المسلمين المتترس بهم — فى هذه الحالة — جمع بين دفع الضرر العام ودفع الضرر الخاص • فباستعداد جيش المسلمين للقتال وعدم الخوف عليه من الهزيمة ينتفى الضرر العام • وبعدم قتل الأسرى ينتفى أيضا الضرر الخاص •

وهكذا ثبت رجحان المذهب الثانى القائل بعدم قتل الأسرى المتترس بهم الا فى حالة خوف الهزيمة •

الباب الثاني

تناول الطعام والمشروب المحرم عند الضرورة

٤١٤ - خاطب الله عز وجل عباده المؤمنين فقال : « يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم واشكروا لله ان كنتم اياه تعبدون » .
فقد أباح سبحانه لعباده الطيبات من الرزق لا حساب عليهم فيه ما داموا يكتسبونه بالطرق التي شرعها الله لهم ولكن عليهم مع ذلك واجب الشكر له تعالى لأنه صاحب النعمة .

ثم أراد عز وجل أن يبين حدود هذه الطيبات التي من بها على عباده ، فأرشد الى هذه الحدود بطريق حصر المحرمات مفيدا أن ما عداها هو من الطيبات (١) .

فقال تعالى : « انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله » .

ومن رحمته تعالى وسعة فضله أنه حتى بالنسبة لهذه الأمور المحرمة فإنه يباح تناولها لمن اضطر اليها حيث يقول تعالى « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم » .

٤١٥ - لذلك فإن أظهر تطبيق لنظرية الضرورة تعرضت له النصوص القرآنية هو اباحة تناول هذه الأطعمة المحرمة . وقد أضيفت اليها المشروبات المحرمة لما لها من صلة بالمعلومات ولا تطابق النصوص عليها جملة وتفصيلا .

(١) ومع مراعاة ما جاءت به السنة من تحريم لحوم الحمر الأهلية ومع مراعاة تحريم الخمر فهي رجس من عمل الشيطان . فالآية هنا خاصة بالمطعمات .

وسوف تتناول هنا بالدراسة حكم الاضطراب الى تناول هذه الأمور •
وذلك على الوجه الآتى :

الفصل الأول :

تناول الخمر وما فى حكمها عند الضرورة •

الفصل الثانى :

تناول الميتة وما فى حكمها عند الضرورة •

وقد آثرت البدء بدراسة الاضطراب الى المشروبات المحرمة لما لها
من أهمية أكثر من حيث التطبيق العلمى (١) •

(١) ووجه الأهمية انه قد يتصور الاضطراب إليها أكثر من الاضطراب
الى الميتة مثلاً .

الفصل الأول

تناول الخمر وما في حكمها عند الضرورة

٤١٦ - الخمر حرمها الله تعالى بنص كتابه العزيز • حيث يقول عز وجل : « يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » (١) •

• ودلالة الآية على حرمة الخمر من وجهين •

الأول : أمره تعالى باجتنابها والأمر للوجوب فوجب على كل مسلم أن يجتنبها امتثالاً لأمر الله تعالى •

الثاني : قوله تعالى « رجس من عمل الشيطان » أى خبث مستقذر أو اثم وشر (٢) • والرجس محرم قطعاً بقوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحى الى محرماً على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس » (٣) •

فالرجس محرم بنص القرآن ، والخمر رجس من عمل الشيطان كما أكد ذلك القرآن فوجب على كل مسلم أن يجتنبها لأنها محرمة من كل الوجوه •

٦٠٠ - ويبدو لنا - والله أعلم - أن السر في أن الله تعالى حرمها بلفظ الاجتناب ليكون ذلك الأمر شاملاً لتحريم تناولها ولتحريم بيعها وشرائها • ولتحريم التعامل فيها بأى صورة من الصور •

ويؤيد هذا ما روى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام الفتح وهو بمكة : « ان الله

(١) سورة المائدة الآية رقم «٩٠» •

(٢) صفوة البيان لمعانى القرآن ج ١ ص ٢٠٥ •

(٣) سورة الأنعام الآية رقم «١٤٥» •

ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ... الحديث متفق عليه (١) .

فيكون نص الحديث على تحريم بيع الخمر من باب تأكيد ما أشار اليه القرآن الكريم .

ولعل الذى يؤكد ما ذهبت اليه من أن الآية تشير الى تحريم بيعها ما رواه مسلم عن ابن عباس أن رجلا أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل علمت أن الله قد حرمها قال لا فسار انسانا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم به ساررته فقال أمرته ببيعها فقال : ان الذى حرم شربها حرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها (٢) .

فكان تحريم شربها وتحريم بيعها مستفادا من الأمر باجتنابها فى قوله تعالى « فاجتنبوه » والسنة هنا مفسرة ومبينة .

٤٠٧ — هذا ويلحق بالخمر فى كل أحكامها — سائر المسكرات . لما رواه ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كل مسكر خمر وكل مسكر حرام » (٣) أخرجه مسلم (٤) .

كما أخرج البخارى ومسلم عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « كل شراب أسكر فهو حرام » (٥) .

وعلى ذلك فكل أحكام الضرورة التى سنذكرها خاصة بالاضطرار الى شرب الخمر تصدق — بالتالى — على سائر المسكرات الأخرى .

(١) سبل السلام ج ٣ ص ٥ ويراجع ايضا صحيح البخارى ج ٢ ص ١٨ . وصحيح مسلم ج ٥ ص ٣٩ — ٤٠ .

(٢) صحيح مسلم ج ٥ ص ٤٠ .

(٣) سبل السلام ج ٤ ص ٣٣ .

(٤) صحيح مسلم ج ٦ ص ١٠٠ وتراجع الروايات المتعددة والأحاديث الكثيرة التى رواها الامام مسلم فى صحيحة تحت عنوان : « باب أن كل مسكر خمر وكل خمر حرام » ج ٦ ص ٩٩ — ١٠٠ — ١٠١ .

(٥) صحيح البخارى ج ٣ ص ١٩٩ — وصحيح البخارى ج ٦ ص ٩٩ .

صور الاضطراب الى الخمر :

٤١٨ — يأخذ الاضطراب الى الخمر صوراً عديدة فقد يجهد العطش انساناً مسلماً ويجده أيضاً البحث عن الماء فلا يجد سوى الخمر وسيلة لاطفاء عطشه الذي كاد يؤدي بحياته .

وهناك صورة أخرى أكثر أهمية من الصورة السابقة . تلك هي حالة من يشتد به المرض فيضطر الى الخمر كعلاج لما نزل به ، بعد أن أعياه الحصول على دواء له سواها .

وأخيراً قد يأخذ الاضطراب الى الخمر صورة ثالثة نص عليها الفقهاء وهي اساعة الغصة بالخمر ، بحيث لم يتيسر الماء — في الحال — لاساقتها فيضطر الى أخذ جرعة من الخمر لينقذ نفسه من الخطر الذي يهدده .

وفيما يلي سنتناول هذه الصور الثلاث . في مباحث ثلاثة على النحو التالي :

المبحث الأول : التداوى بالخمر .

المبحث الثاني : شرب الخمر للعطش الشديد .

المبحث الثالث : شرب الخمر لاساعة الغصة .

المبحث الأول

في

التداوى بالخمر

٤١٩ — التداوى مطلوب شرعاً فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « تداووا عباد الله فإن الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء » (١) . ولفظ البخاري عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ما أنزل الله داء الا أنزل له شفاء » (٢) .

(١) الحديث بهذا اللفظ في شرح العناية على الهداية مع فتح القدير

ج ٨ ص ١٣٤ ط ١٣١٨ هـ .

(٢) صحيح البخاري ج ٤ ص ٦ — وفي صحيح مسلم : عن جابر

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لكل داء دواء فإذا أصيب دواء بريء باذن الله عز وجل » ج ٧ ص ٢١ .

ومن المتفق عليه بين الفقهاء منع التداوى بما هو محرم • لأن الاستشفاء به حرام وهذا الاتفاق منهم محله الظروف العادية • يدلنا على ذلك خلافهم في حالات الاضطرار الى التداوى بالمحرمات مثل الخمر ونحوها • فهذا يفيد أنه حيث لا يوجد الاضطرار الى استعمال المحرم دواء فانه لا يجوز استعماله اجماعا •

٢٠ ٤ — فالتداوى بالخمر أو غيرها من المسكرات — من المسائل التي ثار فيها الخلاف بين الفقهاء ويمكننا أن نرد هذا الخلاف الى المذهبين الآتين :

٤٢١ — المذهب الأول • مذهب المالكية والحنابلة وظاهر مذهب الشافعية — وهو أنه لا يجوز التداوى بالخمر حتى ولو لم يجد المريض غيرها ، وحجة أصحاب هذا المذهب أولا : قوله عليه الصلاة والسلام : « ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » (١) •

(١) هو من حديث أم سلمة وقد نسبته ابن حجر في الفتح ج ١٠ ص ٦٩ الى ابن ابي يعلى وابن حبان وصححه وفي التلخيص (٣٥٩ — ٣٦٠) أيضا الى البيهقي ولفظه كما جاء في فتح الباري : « اشتكت بنت لى فبذت لها في كوز فدخل النبي صلى الله عليه وسلم وهو يغلى ، فقال : ما هذا : فأخبرته ، فقال عليه الصلاة والسلام : « ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » •

ويلاحظ أن ابن حزم قد ذهب الى بطلان هذا الحديث (المحلى ج ١١ ص ٣٧٢ — ٣٧٣) لأن فيه سليمان الشيباني وهو مجهول عند ابن حزم • ولكن تصحيح ابن حبان لهذا الحديث واقرار ابن حجر عليه اوثق في النفوس من تعليل ابن حزم • ومن ناحية أخرى فإن سليمان الشيباني ليس مجهولا — كما ذهب الى ذلك ابن حزم — بل هو اسحق الشيباني سليمان بن سليمان ، وهو امام ثقة فسقطت بذلك حجة ابن حزم في رد هذا الحديث ثم ان هذا اللفظ « ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » ورد أيضا موقوفا على ابن مسعود ومن طريق صحيحه فذكره البخاري تعليقا وذكره أحمد في الاثرية والطبراني في الكبير : وأخرجه ابن أبي شيبة عن جرير بن منصور وسنده صحيح على شرط الشيخين • كما رواه الحاكم في المستدرک ج ٤ ص ٢١٠٨ •

يراجع في هذا أيضا تعليق للأستاذ محمد منير الدمشقي على هذا الحديث ردا على ما ذهب اليه ابن حزم في المحلى ج ١ ص ١٧٦ — ١٧٧ والتعليق المذكور بهامش هاتين الصفحتين •

ثانيا : بما رواه مسلم في صحيحه ، أن طارق بن سويد (١) سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الخمر ، فنهاه أو كره أن يصنعها فقال إنما أضعها للدواء فقال : انه ليس بدواء ولكنه داء» (٢) .

ثالثا : بما روى عن أبي هريرة رضى الله عنه أنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الدواء الخبيث » (٣) .

وقد بالغ المالكية في تحريم التداوى بالخمر حتى ولو بلغ المريض درجة الخوف من الهلاك لشدة المرض . وفي هذا يقول العلامة أحمد الدردير : « لا يجوز استعمال الخمر لأجل دواء ولو لخوف الموت ولو طلاء به في جسده . ولو خلط بشيء من الدواء الجائز » (٤) ولم يرد عن الحنابلة — مثل هذه المبالغة ولكنهم نصوا على تحريمها للتداوى ولم يسيحوها للمضطر إلا لاساعة الغصة كما سيأتى (٥) .

أما الشافعية فظاهر مذهبهم تحريم شرب الخمر واستعمالها للتداوى مطلقا وقد نصوا على تحريم ذلك حتى ولو لم يجد المريض دواء سواها فقد جاء في أسنى المطالب « وشرب الخمر أى تناولها للعطش وللتداوى حرام وإن لم يجد غيرها لعموم النهى عن شربها . ولقوله صلى الله عليه وسلم لما سئل عن التداوى بالخمر فقال « انه ليس بدواء ولكنه داء » .

رواه مسلم وابن حبان في صحيحه . . والمعنى أن الله سلب الخمر منافعها عندما حرمها وما دل عليه القرآن من أن فيها منافع إنما هو قبل تحريمها . وإن سلم بقاؤها فتحريمها مقطوع به وحصول الشفاء بها مظنون فلا يقوى على ازالة المقطوع » (٦) .

(١) هو طارق بن سويد الحضرمي . روى عنه وائل بن حجر بن وائل . ترجم له ابن الاثير في اسد الغابة في معرفة الصحابة ج ٣ ص ٦٩ . رقم ٢٥٩٠ .

(٢) صحيح مسلم ج ٦ ص ٨٩ .

(٣) رواه الترمذى ج ٢ ص ٤ كما رواه ابن ماجه ج ٢ ص ١٨٠ — الحاكم ج ٤ ص ٤١٠ . نيل الاوطار ج ٩ ص ٩٣ ونسب ابن حجر هذا الحديث في التلخيص الى ابن حبان التلخيص لابن حجر ص ٣٦٠ .

(٤) الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٥٣ — ٣٥٤ (طبع المكتبة التجارية) .

(٥) كشف القناع ج ٤ ص ٧٠ طبعة سنة ١٣١٩هـ .

(٦) أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧١ طبع المطبعة الميمنية بالقاهرة سنة

وهذه العبارات جاءت بأدلة زائدة على ما قدمناه فهي أولا تضمنت الرد على ما قد يعترض عليهم به من أن القرآن قد نص على أن الخمر فيها منافع للناس والرد على ذلك بيته هذه العبارة بأن الله تعالى سلب الخمر منافعها عندما حرمها • وأما المنافع المنصوص عليها فقد كانت قبل التحريم على أنه حتى لو سلم ببقاء هذه المنافع فإن تحريم الخمر أمر مقطوع به • وأما حصول الشفاء بها فهو أمر مظنون والمظنون لا يقوى على إزالة المقطوع (١) •

على أنه عند التدقيق في مذهب الشافعية يظهر جليا أنهم لا يتشددون في التحريم — كما فعل المالكية — بل إن لهم رأيا آخر عندما يبلغ المرض درجة التهديد بالموت والهلاك • كما سبى ذلك من عرضنا للمذهب الثاني في الفقرات •

المذهب الثاني :

٤٢٢ — مذهب الحنفية والظاهرية وهو أنه يجوز للمريض أن يتناول الخمر أو غيرها من المسكرات على سبيل التداوى ما دام لم يجد شيئا يقوم مقامها من الأدوية الجائزة •

ويبدو أن في المذهب الحنفى وجهان حيث جاء في حاشية الحموى على الأشباه والنظائر ما نصه : « وهل يجوز للعليل شرب الخمر للتداوى إذا لم يجد شيئا يقوم مقامه • وجهان • • ألا ترى أن العطشان رخص له في شرب الخمر وللجائع الميتة انتهى » (٢) •

وهذه العبارة تشعر بوجود رأيين في الفقه الحنفى وإن رأى القوى هو جواز التداوى بالخمر كما أيدت ذلك الكتب الأخرى في المذهب الحنفى حيث جاء في شرح العناية تعليقا على قول صاحب الهداية « لأن الاستشفاء

(١) وقد جاءت هذه العلة في كتب المالكية حيث نص في التاج والاكلیل على ما يأتي : « وأما التداوى بها فمشهور المذهب أنه لا يحل إذا قلنا أنه لا يجوز التداوى بها ويجوز استعمالها للضرورة فالفرق أن التداوى لا يتيقن البرء بها » ج ٣ ص ٢٣٣ •

وبلاحظ على مذهب المالكية والحنابلة اباحة استعمالها للضرورة ومثلوا لها بأساغة الفصة كما سنرى ذلك تفصيلا •

(٢) حاشية الحموى على الأشباه والنظائر ص ١٠٨ طبعة سنة

بالمحرم حرام ما نصه : « قيل اذا لم يعلم أن فيه شفاء ، فان علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر يجوز له الاستشفاء به » (١) .

كما أن بعض الكتب قد ذكرت جواز التداوى من غير اشارة الى وجود وجه آخر فقد جاء في الدر المختار : « كل تداوى لا يجوز الا بظاهر ، وجوزه في النهاية بمحرم اذا أخبره طبيب مسلم أن فيه شفاء ولم يجد مباحا يقوم مقامه . ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم نفى الحرمة عند العلم بالشفاء دل عليه جواز اساعة للقيمة بالخمير ، وجواز شربه لازالة العطش » (٢) وقد علق العلامة ابن عابدين على قول صاحب الدر في معنى الحديث (نفى الحرمة عند العلم بالشفاء) فقال : « أى حيث لم يقم غيره مقامه ، ... وحاصل المعنى حينئذ أن الله تعالى أذن لكم بالتداوى وجعل لكل داء دواء . فاذا كان في ذلك الدواء شيء محرم وعلمتم به الشفاء فقد زالت حرمة استعماله لأنه تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » (٣) .

ولا يخفى ما في هذا التأويل من تكلف ظاهر .

وقد ذكر ابن حزم هذه المسألة تحت عنوان : من اضطر الى شرب الخمر وقد نص في هذا الموضع على اباحة الخمر للعلاج ولأمور أخرى كالأكراه والعطش . وقد استدلل على نفى الحد عن شربها للعلاج أو ما الى ذلك بقوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » ثم قال بعد ذلك « . . فصح أن المضطر لا يحرم عليه شيء مما اضطر اليه من طعام أو شراب » (٤) .

ويلاحظ في النهاية أن الأصل عند الشافعية هو عدم التداوى بالخمر ولكن اذا بلغ المريض حد الهلاك ولم يكن له علاج سوى الخمر فان له أن يتداوى بها كما جاء في اسنى المطالب — بعد النص على حرمة التداوى بالخمر — ما يؤكد هذا المعنى حيث يقول : « ثم محل ذلك اذا لم ينته

(١) شرح العناية على الهداية بهامش فتح القدير ج ٨ ص ١٣٤ طبعة سنة ١٨٩٩ م ١٣ هـ .

(٢) الدر المختار ج ٥ ص ٣٤٣ طبعة سنة ١٢٩٩ هـ (هامش حاشية

ابن عابدين) .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٤٣ .

(٤) المحلى ج ١١ ص ٣٧٢ .

به الأمر الى الهلاك والا فيتعين شربها كما يتعين على المضطر أكل الميتة» (١) .

٤٢٣ — ومن رأينا ترجيح هذا المذهب الأخير القائل بجواز التداوى بالخمير بشرط أن تكون هى الدواء الوحيد — حسب ظاهر الحال — وبشرط أن يقرر ذلك طبيب مسلم عدل . فحيث توافر هذان الشرطان . جاز التداوى بالخمير أو بغيرها من المسكرات الأخرى — وذلك بالكيفية التى يراها الطبيب وفى حدود القدر اللازم للعلاج لأن الضرورة تقدر بقدرها .

على أن يجب فى رأينا اضافة شرط ثالث هو أن يكون المرض على درجة من الخطورة بحيث يخشى من عدم علاجه فى الحال تأخر فى صحة المريض أو زيادة فى المرض بأن يؤدى عدم العلاج الى الاصابة بمرض آخر أشد منه مثلاً . ومن باب أولى اذا ترتب على هذا المرض خوف على حياة المريض .

ففى الحالة الاولى : أى اذا كان عدم العلاج سيؤدى الى أضرار بالغة بصحة المريض فانه يجوز استعمال الخمير للتداوى بها من هذا المرض .

أما فى الحالة الثانية وهى التى يخشى فيها على حياة المريض فانه يجب حتما استعمال الخمير حفظا للنفس من الهلاك لقوله تعالى : «ولا تقتلوا أنفسكم» ولقوله تعالى : «ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة» .

٤٢٤ — والذى دعانى الى اضافة هذا الشرط أن هناك حالات مرضية كثيرة لا تستدعى العلاج السريع كما أن علاجها فى الحال لا يترتب عليه أضرار بالغة ، فالأمراض التى من هذا النوع يجب ألا يحل من أجلها ما حرم الله اذ ربما يوجد فى المستقبل علاج لمثل هذه الأمراض وهو احتمال كبير لاسيما فى عصرنا الحاضر حيث تقدم الطب تقدما كبيرا . وحتى لا يرتكن الناس الى بعض المذاهب التى تبيح العلاج بالخمير من غير مراعاة حالة المرض وخطورته .

ومن ناحية أخرى فان الاكتفاء باباحة العلاج بها عندما تسوء حالة المريض الى درجة يخشى منها الهلاك — كما هو مذهب الشافعية — يؤدى

الى التضييق كثيرا من أبواب التوسعة التى شرعها الله لعباده .. لذلك فقد فرقت بين حالتين :

أولهما : اذا كان عدم العلاج يؤدى الى أضرار بالغة فانه يجوز استعمال الخمر للتداوى بها من هذا المرض • وثانيهما اذا كان عدم العلاج سيؤدى — حسب الظاهر — الى هلاك المريض فانه فى هذه الحالة يجب استعمالها للنصوص الواردة فى حكم التنزيل •

٤٢٥ — وغنى عن البيان أن ترجيح هذا المذهب — مع مراعاة الشروط المتقدمة — أمر تقضى به نصوص القرآن الكريم حيث قال الله عز وجل : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » والخمر هى مباحرة الله علينا وهى — بالتالى مما أباحه الله عند الاضطرار اليها • وأى ضرورة أكبر من المرض الشديد الذى يهدد بأضرار بالغة أو يهدد حياة المريض ؟

٤٢٦ — بقى علينا النظر فى أدلة المذهب الأول القائل بحرمة التداوى بالخمر مطلقا وقد رد ابن حزم الحديث الأول الذى استدلوا به وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » لأن فيه سليمان الشيبانى وهو مجهول •

وقد سبقت لنا الإشارة الى أنه وان كان ابن حزم قد علل هذا الحديث فان كثيرا من علماء الرجال قد وثقوه وصححوه • فقد صححه ابن حبان ونسبه الحافظ بن حجر فى فتح البارى الى ابن أبى يعلى • ونسبه فى التلخيص الى البيهقى •

وفضلا عن ذلك فان تعليل ابن حزم للحديث مبنى على أن فيه سليمان الشيبانى وهو مجهول عند ابن حزم •

والحق أن سليمان الشيبانى ليس مجهولا بل هو اسحق الشيبانى سليمان بن سليمان ، وهو امام ثقة (١) •

كما أن لفظ الحديث قد ورد من طرق صحيحة أشرفنا الها فيما تقدم •

٦١٠ — أما الحنفية فقد تناول منهم العلامة ابن عابدين هذا الحديث

(١) الأستاذ محمد منير الدمشقى — من تعليق له على المحلى لابن حزم ج ١ ص ١٧٦ — ١٧٧ •

كما سبقت الإشارة فأوله على معنى : « ان الله تعالى أذن لكم بالتداوى ، وجعل لكل داء دواء ، فإذا كان في ذلك الدواء شيء محرم وعلمتم به الشفاء فقد زالت حرمة استعماله لأنه تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم .. » (٢) •

ولعل في هذا التأويل تكلف لا يخفى ، فضلا عن أنه تخصيص للحديث بغير مخصص ، فلم يثبت ورود ما يدل على أن العلم بالشفاء مخصص للحديث • وان سلم بهذا فكيف يثبت العلم بالشفاء ؟ فالعلم اليقيني هو الله تعالى وحده وجميع الأدوية تستعمل على أنها شفاء للأمراض من قبيل الظن الراجح لا من قبل العلم اليقيني وحتى في هذا العصر الحديث فإن كثيرا من الأدوية التي ثبت طيبا أنها علاج لحالات معينة نرى استعمالها لا يجدى في البعض من هذه الحالات ذلك لأن وصف الطبيب للدواء وتشخيصه للمرض ليس من قبيل العلم اليقيني الذي لا يختلف بل هو من قبيل الظن الراجح الذي وان كان مبنيًا على أسباب علمية إلا أنه مع ذلك قابل لأن يتخلف في بعض الحالات الخاصة •

٤٢٦ — وعلى فرض التسليم بإمكان العلم بالشفاء فإن هذا التأويل قد غير المراد من الحديث إذ المراد منه أن الله سبحانه وتعالى لم يجعل شفاء هذه الأمة فيما حرمه عليها من الرجس والمستقذرات الخبيثة •

وتأويل ابن عابدين قلب المعنى رأسا على عقب حيث جعل العلم بالشفاء هو مدار الحل والحرمة فأى شيء من المحرمات وجد فيه الشفاء زالت حرمة • وهذا لا يمكن قبوله بأى حال ولم يقل به أحد — اجماعا — على أنه يؤدي الى نتائج خطيرة تتنافى مع القواعد العامة في الفقه الاسلامي •

اذ أنه يؤدي أولا الى أنه اذا وجد العلم بالشفاء في الخمر فإن حرمتها تزول حتى ولو أمكن العلاج بدواء آخر مباح •

ومن الذى يستطيع أن يقول بهذا ؟ وحاشا لله أن يقول به مسلم •

كما أنه يؤدي ثانيا الى عدم الفائدة من الشروط التي اشترطها فقهاء الحنفية أنفسهم وهي عدم وجود دواء مباح يقوم مقام الخمر أو غيرها

وان ثبت ذلك باخبار طبيب مسلم (١) • كما سبقت الاشارة الى هذين الشرطين •

٤٢٧ — ومن رأينا أن الأحاديث التي استدلت بها أصحاب المذهب الأول من السهل تأويلها بما يتفق مع نصوص كتاب الله العزيز وعمدة هذه الأحاديث هو قوله صلى الله عليه وسلم : « ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » •

والمعنى الذى يستقيم في نظرى — أن النبى صلى الله عليه وسلم بين في هذا الحديث القاعدة العامة في التداوى المباح للمؤمنين ، فأخبر عليه الصلاة والسلام أن الدواء لا يكون في المحرمات • لأن الله عز وجل لم يجعل شفاء هذه الأمة فيما حرمه عليها • هذا هو الأصل •

ولكن اذا ثبت بالقرائن وبشهادة الأطباء الحاذقين العدول أن الخمر بها دواء فهنا يباح على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة — التداوى بها للضرورة الداعية الى ذلك • فالله تعالى فصل للمؤمنين ما هو محرم عليهم ، وأباح لهم منه ما يضطرون اليه حيث يقول عز وجل : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » ، فاذا ما اضطر مؤمن الى التداوى بالخمر فهذا داخل في مضمون الاستثناء الوارد في الآية الكريمة •

ولا تعارض بين هذا الاستثناء والحديث الذى معنا ، فالحديث بين القاعدة العامة في التداوى ، واذن فهو من الأحاديث المبينة لقوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم » حيث بين لنا أنه ما حرمه الله علينا الاستشفاء بالمحرم • ولكن اذا اضطررنا اليه صار مباحا لا شئ فيه لعموم الاستثناء الوارد في القرآن الكريم •

وقد جاء اليقين باباحة الميتة والخنزير عند خوف الهلاك من الجوع • فقد جعل سبحانه وتعالى العلاج من الجوع المهلك فيما حرمه علينا وذلك استثناء من القاعدة العامة فالشئ ما دام حراما علينا فلا شفاء لنا فيه • أما اذا اضطررنا اليه فلا يحرم علينا في هذه الظروف — بل هو — حينئذ — حلال وهو لنا شفاء •

(١) حاشية ابن عابدين الدر المختار ج ٥ ص ٣٤٣ •

٤٢٨ — ومثل ذلك يقال في حديث الدواء الخبيث « فما أباحه الله عند الضرورة فليس في تلك الحال خبيثا ، بل الدواء الخبيث هو القتال المخوف .

٤٢٩ — وأما حديث « لكنها داء » فقد جاء من طريق سماك بن حرب وهو يقبل التلقين (١) على أنه لو صح لما كان فيه للمذهب المعارض حجة لأن فيه أن الخمر ليست دواء وإنما هي داء وهذا هو الأصل الذي نقول به ويقول به كل مؤمن — ولكن عند الاضطرار الى الخمر تصير من الأمور التي أحلها الله طبقا للآية التي أشرنا اليها مرارا . فالاضطرار عند وجوده يزيل حرمتها ويغير صفتها فقد تكون عند ذلك علاجا كما قيل « ومن السموم الناقعاء دواء » .

٦١٤ — أما قولهم ان حرمة الخمر مقطوع بها وأن حصول الشفاء بها مظنون فلا يقوى على ازالة المقطوع « فالجواب عليه أن اباحة الخمر عند الاضطرار اليها مقطوع لقوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » . والله الموفق والمستعان .

المبحث الثاني

في

شرب الخمر للعطش الشديد

٤٣١ — من وجد نفسه مضطرا الى شرب الخمر لانقاذ نفسه من العطش الشديد الذي يكاد يؤدي بحياته فهل يباح له ذلك أم أن تناول شيء منها لا يزال باقيا على تحريره حتى في مثل هذه الظروف الاستثنائية ؟ ويمكننا أن نلخص آراء الفقهاء في هذه الصورة المذهبية الآتية :

المذهب الأول

مذهب المالكية والحنابلة . وهو أن العطش الشديد لا يبيح تناول جرعة من الخمر مهما كانت الأحوال . وحجتهم في ذلك أن شرب الخمر لا يزيل العطش بل يزيده (٢) . فقد روى عن مالك رحمه الله أنه قال فمن تشدد به حالة العطش ولا يجد سوى الخمر : « لا يشربها ولن

(١) المحلى ج ١ ص ١٧٥ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٥٣ .

تزيده الا عطشا » (١) وقد زاد هذه المسألة توضيحا صاحب شرح منتهى الارادات حيث قال : « ولو شرب المسكر لعطش لم يجر لأنه لا يحصل به رى • بل ما فيه من الحرارة يزيد العطش (٢) » •

٤٣٠ - المذهب الثانى :

مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (٣) والشافعية (٤) والظاهرية (٥) وهو أن العطش الشديد الذى من شأنه أن يقضى الى الهلاك يبيح جرعة من الخمر دفعا للخطر الذى قد يترتب عليه •

فمن فقد الماء وأشرف - من أجل ذلك - على الهلاك ولم يجد شيئا يطفىء ظمأه سوى الخمر أو غيره من المسكرات فانه يباح له أن يتناول منها بالقدر اللازم لدفع هذا الهلاك عن نفسه •

-
- (١) التاج والاكلیل لمختصر خليل ج ٣ ص ٢٣٣ طبعة سنة ١٣٢٨ هـ .
 (٢) شرح منتهى الارادات ج ٤ ص ١١٣ - ويرأجع أيضا كشف القناع ج ٤ ص ٧٠ طبعة سنة ١٣١٩ هـ والاول بهامش الثانى .
 (٣) المبسوط ج ٢٤ ص ٢٨ الطبعة الاولى (سعادة) رد المحتار على الدر المختار للعلامة ابن عابدين ج ٥ ص ٢٩٥ - ٢٩٦ - ٣٤٣ طبعة سنة ١٢٩٩ هـ . و ج ٥ ص ٤٤٥ طبعة سنة ١٢٨٦ هـ - احكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٢٩ طبعة ١٣٣٥ هـ . بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٧ ص ٣٩ - ٤٠ طبعة سنة ١٩١٠ م حيث اشترط عدم الضرورة لوجوب الحد .

(٣) حكى كتب الحنفية أن الشافعى لا يبيح للمضطر شرب الخمر ولو خاف الموت من العطش لأن الخمر لا ترد العطش بل تزيد من العطش لما فيه من الحرارة (المبسوط) ج ٢٤ ص ٢٨ احكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٢٩ •

وبالرجوع الى المصادر الأصلية فى الفقه الشافعى تبين لنا عكس ما قررته كتب الحنفية ذلك أن المذهب الشافعى يحرم تناول الخمر للعطش أو للتداوى فى الظروف العادية أما فى حالات الضرورة الملجئة فان الشافعية يقررون أن تناول الخمر لدفع الهلاك يصير امر امباحا بل قد يكون واجبا . وهذا نص ما جاء فى كتاب أسنى المطالب : وشرب الخمر أى تناولها للعطش به وللتداوى حرام وان لم يجد غيرها لعموم النهى عن شربها . ثم محل ذلك اذا لم ينته الأمر الى الهلاك فيتعين شربها كما يتعين على المضطر اكل الميتة (أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠) - وأيضا الجزء الرابع من نفس المرجع ص ١٥٨ - ١٥٩ ط ١٣١٣ هـ (ميمنية) تحفة المحتاج على شرح المنهاج ج ٤ ص ١٧٠ - ١٧١ ط ١٢٩٠ هـ .

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٧٢ •

واستدل الجمهور على ما ذهبوا اليه بقول الله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم » فهذه الآية جاءت بحكم عام يشمل سائر المحرمات ذلك أن الله تعالى فصل لعباده تحريم الخمر في مواضع من كتابه منها: قوله تعالى: « يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » وقوله تعالى : « قل انما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن والائمه » (١) •

وذلك يقتضى التحريم • والضرورة فى الآية الأولى منتظمة لسائر المحرمات بمعنى أنها كلها تباح للضرورة الملجئة لقوله تعالى : « الا ما اضطررتم اليه » •

وقد تصدى الجصاص للرد على ما استدل به المالكية ومن معهم فقال : « أما قول مالك ، ان الضرورة انما ذكرت فى الميتة ولم تذكر فى الخمر فقد بطل بما قلناه من عموم الآيات ولشمول الضرورة فى الآية سائر المحرمات • ومن جهة أخرى أنه اذا كان المعنى فى اباحة الميتة احياء نفسه بأكملها وخوف التلف فى تركها فانه موجود فى سائر المحرمات فوجب أن يكون حكمها حاكمها لوجود الضرورة • وأما القول بأنها تزيد ضرورة العطش والجوع فمردود بما هو معلوم من حالها من أنها تمسك الرميح وتزيد العطش ومن أهل الذمة من لا يشرب الماء دهرًا اكتفاء بشرب الخمر عنه فقولهم ذلك غير معقول لما هو معلوم من حال شاربيها » (٢) •

٤٣٣ — ومن رأينا ترجيح المذهب الثانى الذى يقول باباحة الخمر لضرورة الظم • وعلى ذلك فان من تشتد به تلك الحالة لدرجة تهدد حياته ولم يجد شيئًا يشربه سوى الخمر فانه يباح له بل قد يتعين عليه أن يطفىء ظمأه الشديد بجرعة منها بشرط ألا يتجاوز القدر اللازم لدفع الهلاك عنه •

والذى دعانى الى ترجيح هذا رأى أسباب ثلاثة :

الأول : أن ازهاق الروح أشد ضررا بالجماعة من مخالفة النص المحرم لشرب الخمر ذلك أن مصلحة المجتمع فى حفظ النفس من الهلاك تعلق

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ١٢٩ •

(٢) سورة الاعراف الآية رقم « ٣٣ » •

على مصلحته في اجتناب جرعة من الخمر تحفظ تلك النفس وتردها الى الحياة بعد أن كادت تفارقها .

الثاني : أن المقصود الاسمي من التشريع انما هو حفظ ضروريات الناس ، وقد سبق القول بأنها أمور خمسة من بينها النفس والعقل . وقد أجمع الأصوليون والفقهاء على أن ما شرح لحفظ النفس يعتبر أصلا بالنسبة لما شرع لحفظ العقل ، بمعنى أنه لو تعارض حكم متعلق بحفظ النفس مع حكم آخر متعلق بحفظ العقل لوجب اعتبار الحكم الأول واهدار الثاني لأن الأصل مقدم - بداهة - على الفرع .

ولذلك فانه لا يسعني الا أن أقول بوجوب احياء مهجة المسلم ولو بقدر من الخمر فيما لو تعينت سببا لذلك .

الثالث : ان الله تعالى أباح الميتة والدم ولحم الخنزير عند الضرورة وهذه المحرمات رجس بنص القرآن وبما أن الخمر رجس من عمل الشيطان فوجب القول باباحتها عند الاضطرار اليها كما دلت على ذلك الآيات البينات بقول الله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس » وآية الخمر معروفة حيث تؤكد أنها « رجس من عمل الشيطان » .

وحيث ان الرجس قد أبيع للضرورة فيباح في كل صورته . فتباح الخمر للضرورة ، أي كانت تلك الضرورة عطشا أو مرضا فانها مبيحة للخمر بل ان تناولها قد يكون واجبا اذا كان فيه نجاة من موت محقق أو محتمل الوقوع ، ومن لم يفعل كالمأثما أو قاتلا لنفسه وذلك منهى عنه في محكم التنزيل .

المبحث الثالث

شرب الخمر لاساغة الفصة :

٤٣٥ - المقصود باساغة الفصة ازالة ما يقف في حلق الانسان من طعام أو غيره (١) فمن خشى الاختناق من وقوف لقمة في مريئه ولم يجد شيئا يسيغها به سوى جرعة من الخمر - أو غيرها من المسكرات - فهل

(١) المصباح المنير ج ٢ ص ٤٥ . والمختار الصحاح ص ٤٧٥ . وعلى الاخص ص ٣٣٠ .

يباح له أن يتناول قدرا يسيرا من الخمر ليجنب نفسه خطر الاختناق الذي يهدده ؟

اتفقت كلمة الفقهاء (١) على أن المسلم يباح له أن يتناول جرعة من الخمر لاساغة الغصة التي لا يجد شيئا يسيغها به سوى الخمر على أن الاباحة هنا — انما هي من أجل دفع الضرر البالغ ، وعلى ذلك فانه اذا بدا للمضطر — في هذه الصورة — أن الغصة تهدده بالاختناق المحقق لو لم يسيغها فان حكم التناول في مثل هذه الحالة ينتقل من الاباحة الى الوجوب . لأن الامتناع عن اساغة الغصة ولو بالخمر يؤدي الى هلاك النفس وهو منهي عنه بقوله تعالى : « ولا تعلقوا بأيديكم الى التهلكة » .

٤٣٦ — هذا ويلاحظ أن المدار على القول بالاباحة أو بالوجوب في هذه الصورة — بل وفي غيرها من صور الضرورة الأخرى — يرجع الى المضطر نفسه فيباح له أو يجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى . أما أمام القضاء فان الواجب الرجوع الى قرائن الأحوال والظروف والملابسات التي يكون من شأنها أن تثبت قيام حالة الضرورة . وفي هذا يقول ابن العربي : « أما الغاص بلقمة فانه يجوز له فيما بينه وبين الله تعالى ، وأما ميتنا فان شهدناه فلا يخفى بقرائن الحال صورة الغصة من غيرها فيصدق اذا ظهر ذلك ، وان لم يظهر حددناه ظاهرا وسلم من العقوبة عند الله تعالى باطنا » (٢) .

(١) ويبدو من بعض العبارات أن هناك بعض الآراء التي خالفت في هذه النقطة ولكنها آراء مهجورة لا تعبر عن مذهب فقهي من المذاهب المعروفة فقد قال ابن العربي في هذا : « اذا غص بلقمة فهل يجيزها بخمر أم لا ؟ قيل لا يسيغها والصحيح انه سبحانه حرم الميتة والدم ولحم الخنزير أحيانا مخصوصة في اوقات مطلقة ثم دخل التخصيص بالدليل في بعض الأحيان ، وتطرق التخصيص بالنص الى بعض الاوقات والأحوال .. فقال تعالى : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد » فرفعت الضرورة التحريم ودخل التخصيص أيضا بحال الضرورة الى حال تحريم الخمر حملا على هذا بالدليل كما تقدم من أنه محرم فاباحته الضرورة كالميتة » .

تفسير احكام القرآن لابن العربي ج ٢ ص ٢٥ طبعة سنة ١٣٣١ هـ .
(٢) المرجع السابق نفس الوضع . ولعل التنبيه على هذه النقطة المتعلقة بالاثبات انما هو بخصوص الغصة — لأن خفاء الغصة في الحقيقة أكثر من خفاء غيرها .

٤٣٧ — وفي النهاية ينبغي علينا التنبيه الى أن المذاهب الفقهية المشهورة قد اتفقت فيما بينها على الاباحة ثم الوجوب عند خوف الهلاك .

ففى الفقه الحنفى جاء فى حاشية ابن عابدين : « اساعة اللقمة بالخمر وشربه لازالة الغصة احياء لنفس متحققة النفع ولذا يائىم بتركه كما يائىم بترك الأكل مع القدرة عليه حتى يموت » (١) .

وفى الفقه المالكى جاء فى الشرح الكبير للدردير : « وجاز شربه لأكراه .. واساعة لغصة خاف على نفسه الهلاك منها ولم يجد ما يزيلها به .. والجواز فى الاساعة على حقيقته والمراد به تفى الحرمة الصادقة بالوجوب » (٢) وقد علق الدسوقى على عبارة الصادق بالوجوب فقال : « أى لأن اساعة الغصة بالخمر واجبة اذا خاف على نفسه الهلاك ولم يجد غيره » (٣) .

وفى الفقه الشافعى جاء فى أسنى المطالب : « ولا يحد مكره بشربه (أى المسكر) .. ولا مسيغ أى مزدرد لقمة به حين غص — أى شرب بها ولم يجد غيره مما يحصل به الاساعة وخاف الهلاك ان لم يفعل للضرورة ويجوز له حينئذ اساعتها بل يجب دفعها للهلاك » (٤) .

وفى فقه الحنابلة جاء فى كشاف القناع : اما مضطر اليه (أى المسكر) خاف التلف لدفع لقمة غص بها وليس عنده ما يسيغها فيجوز له تناوله لقوله تعالى : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا ائىم عليه » ولأن حفظ النفس مطلوب بدليل أباحة الميتة عند الاضطرار اليها وهو موجود هنا » (٥) .

(١) ج ٥ ص ٣٤٣ طبعة سنة ١٢٩٩ هـ .

(٢) الشرح الكبير للعلامة أحمد الدردير ج ٤ ص ٣٥٣ .

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٣٥٣ .

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٨ — ١٥٩ ويراجع أيضا ج ١

ص ٥٧١ — ٥٧٢ من هذا الكتاب .

(٥) كشاف القناع ج ٤ ص ٧٠ .

ومثل ذلك جاء في الفقه الظاهري على لسان ابن حزم في المحلى حيث يقول « من اكره على شرب الخمر أو اضطر اليها لعطش أو علاج أو لدفع خنق فشربها فلا حد على أحد من هؤلاء » (١) .

ويبدو أن الفقهاء قد نصوا على اباحة كل سائل محرم في حال الضرورة مثله في ذلك مثل الخمر (٢) متى توافرت شروط الاضطرار .

(١) المحلى ج ١١ ص ٣٧٢ .

(٢) والظاهر من عبارات الفقهاء انهم لا يختلفون في ذلك متى قامت حالة الضرورة يراجع في هذا حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢٩٥ - ٢٩٦ استنى المطالب ج ١ ص ٥٧٢ - كشف القناع - ج ٤ ص ٧٠ . المحلى ج ١ ص ١٧٤ .

وعمدة الاستدلال في ذلك ما روال مسلم في صحيحه (ان نفرا من عكل - ثمانية - قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فبايعوه على الاسلام - فاستوخموا الأرض وسقمت أجسامهم فشكوا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « الا تخرجون مع راعينا في ابله فتصيبوا ابوالها والبانها فصحوا فقتلوا الراعى وطرذوا الابل . وهد حديث طويل منصوص عليه في صحيح مسلم ج ٢ ص ٢٥ .

وفي هذا يقول ابن حزم فصح يقينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتما امرهم بذلك على سبيل الدواء من السقم الذى اصابهم وانهم صحت أجسامهم بذلك والتداوى بمنزلة ضرورة وقد قال تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » فما اضطر المرء اليه فهو غير محرم عليه من المأكول والمشرب .

المحلى ج ١ ص ١٧٤ .

الفصل الثاني

اكل الميتة وما في حكمها عند الضرورة

٤٣٨ — الأصل في الميتة والدم ولحم الخنزير أنها محرمة تحريماً قطعياً بنص الكتاب العزيز وقد سبق أن أوردت النصوص القرآنية المتعددة بخصوص هذا التحريم في غير موضع مما تقدم •

اكل الميتة وما في حكمها جريمة تعزيرية :

٤٣٩ — لم ينص الشارع على عقوبة محددة على من يأكل الميتة أو الدم أو لحم الخنزير فبالرغم من أن الله تعالى نص على تحريم هذه الأشياء في غير آية إلا أنه عز وجل لم ينص على عقوبة للفاعل • كما أن الميتة لم يرد فيها ما يدل على تحديد عقوبة لأكل الميتة وما في حكمها •

ولعل السر في عدم ذكر عقوبة — على ما يبدو في نظرنا والله أعلم — أن الأكل من هذه الأمور هو من الأشياء التي تعافها النفس بطبيعتها وتنفر منه الأذواق السليمة فليس في هذه المحرمات ما يدعو النفس أو يغريها بتناولها من غير حاجة أو ضرورة كما أن تناول هذه الأشياء من ناحية أخرى ليس فيه ضرر للغير فلذلك لم تقرر عقوبة على من يأكل من تلك المحرمات •

٤٤٠ — وإذا كان الشارع لم يضع حداً — أى لم يقرر عقوبته — على أكل الميتة فإن القواعد العامة تقضى بالقول بأن لولى الأمر أن يقرر عليه عقوبة تعزيرية • ذلك أن التعزير هو : تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود (١) أو بمعنى آخر هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأى منها عقوبة معينة محددة (٢) •

وحيث أن أكل الميتة والدم ولحم الخنزير هو من الأمور التي حرمتها النصوص القرآنية الحكيمة وأيدها السنة المطهرة الثابتة ، فإن أكلها

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥ — بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ •
اسنى المطالب ج ٤ ص ١٦١ •
(٢) التشريع الجنائي الاسلامى — المرجع السابق — ج ١ ص ١٢٧ •

يعتبر — حتما من الذنوب — بل والذنوب الكبيرة • واذا أن الشارع لم يضع لها عقوبة محددة فانها تعتبر من الجرائم التعزيرية التي يترك أمر العقاب فيها من حيث تحديده وتقديره الى ولى الأمر مع مراعاة أن العقاب الأخرى عن كل الذنوب هو من الأمور التي بيد الله عز وجل ان شاء غفر وان شاء عذب (١) •

الاضطرار الى الميتة وما في حكمها :

٤٤١ — فالأصل اذن في الميتة والدم ولحم الخنزير أنها محرمة تحريما قاطعا في الظروف العادية •

أما في الظروف الاستثنائية التي يضطر فيها المرء الى تناول أى شيء منها لكي ينقذ حياته من الهلاك فانه يباح له أن يتناول قدرا من الميتة أو من لحم الخنزير كان من المستحيل عليه أن يجد شيئا مباحا — بحكم الأصل — يدفع به الهلاك عن نفسه •

وقد سبق القول بأن معظم آيات الضرورة التي وردت في القرآن الكريم قد جاءت بمناسبة ذكر ما أحله الله لعباده من الطيبات وبيان ما حرمه عليهم من الخبائث • ثم بعد ذلك يستثنى الحق عز وجل حالات الاضطرار من حكم التحريم الذي قرره الآيات • فمن ذلك — قول الله عز وجل : « يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم واشكروا لله ان كنتم اياه تعبدون انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم » •

٤٤٢ — وقد أجمع المسلمون من لدن عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن للمضطر أن يأكل من الميتة بل ان الراجح عند علماء المسلمين جميعا — هو وجوب تناول من الميتة أو لحم الخنزير أو غيرهما من المحرمات متى كان ذلك لازما لانقاذ النفس من الهلاك ، فان امتنع عن الأكل حتى مات كان قاتلا لنفسه الا أن يتغمده الله برحمته لقوله تعالى : ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما » ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا وكان ذلك على الله يسيرا » •

(١) ومع مراعاة التنويه في هذا الشأن بالتوبة التي لها اكبر الاثر في العقاب الأخرى المقرر للذنوب حيث يقول الله تعالى : « الا من تاب وآمن وعمل صالحا فاولئك يبذل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفورا رحيما » .
سورة الفرقان : الآية رقم « ٧٠ » .

وقد طبقت الروايات في معظم المذاهب المشهورة على وجوب تناول الميتة عند الاضطرار اليها .

٤٤٣ - ونظرا لتضارب الأقوال في هذه المسألة (١) رأيت من الضروري أن أعرض بعض النصوص الفقهية في المذاهب المختلفة لنرى الى أى حد أجمعت المذاهب الفقهية المشهورة على وجوب تناول الميتة أو لحم الخنزير أو غيرها اذا ما اضطر المسلم الى تناول شيء من هذه المحرمات احياء لمهجته وحفظا لنفسه مع مراعاة ما سبق بيانه في القسم الأول عند الكلام على آثار الضرورة بصفة عامة .

فقى الفقه الحنفى نرى ما يدل على أن مذهبه هو وجوب تناول الميتة وما في حكمها عند الاضطرار اليها كما جاء على لسان صاحب الدر : « الأكل للغذاء ولو من حرام أو ميتة . فرض ثياب عليه بحكم الحديث » (٢) .

وقد تضافرت نصوص الفقه المالكي على وجوب تناول أيضا فقد جاء في الشرح الكبير للدردير : « والمباح ، أى ما أذن فيه - وإن كان قد يجب (للضرورة) - وهى الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا (ما يسد الرق) » (٣) أى أنه من المباح تناول ما يسد الرق من الميتة والخنزير . ولكن هذا المباح يصبح واجبا عند الضرورة التى هى الخوف على النفس من الهلاك (٤) .

(١) مذكور : الاباحة عند الاصوليين والفقهاء المشار اليه سابقا ص ٣٢ ، ص ٤٦ .

(٢) الدر المختار ج ٥ ص ٢٩٥ - ٢٩٦ وحاشية ابن عابدين عليه بنفس الصفحات والحديث المشار اليه هو قوله صلى الله عليه وسلم : « ان الله يؤجر في كل شيء حتى اللقمة يرفعها العبد الى فيه » ويراجع أيضا حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٩٠ والهداية ج ٣ ص ٢٢٣ والمبسوط للسرخسي ج ٢٤ ص ٤٨ والعناية ج ٧ ص ٢٩٨ تيسير التحرير ج ٢ ص ٢٢٨ - ٢٢٩ طبعة سنة ١٣٥٠هـ حلبى .

(٣) ج ٢ ص ١١٥ وحاشية الدسوقي عليه ص ١١٥ - ١١٦ .

(٤) يراجع في هذا المعنى شرح الزرقانى ج ٣ ص ٢٨ ط ١٣٠٧هـ وحاشية البنائى عليه ج ٣ ص ٣٢٦ ط ١٣١٦هـ وحاشية العدوى عليه نفس الموضوع لماشار اليه - مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٣ - ٢٣٤ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٨هـ .

وقد عبر فقهاء المذهب الشافعي عن وجوب التناول بتعبير اللزوم وهو أكد في إفادة الوجوب فقد جاء في أسنى المطالب « من ظن من الجوع الهلاك .. أو ظن منه ضعفا يقطعه عن الرفقة .. ولم يجد في كل منهما حلالا لزمة أكل الميتة والخنزير ونحوهما من المحرمات وطعام الغير لأن تاركه ساع في اهلاك نفسه » (١) .

وقد أكد ابن حزم الظاهري — أن تناول المضطر من الميتة أو غيرها أمر مفروض عليه حيث يقول : « ان فرضا على الانسان أخذ ما اضطر اليه في معاشه فان لم يفعل فهو قاتل نفسه وهو عاصي لله تعالى » (٢) .

وعند الجنبالة روايتان عن أحمد رضى الله عنه الأولى تقول بوجوب التناول والثانية تكتفى بالجواز (٣) وكذلك الحال عند الزيدية ، حيث جاء في البحر الزخار ما نصه : « وفي وجوب التناول مع خشية التلف وجهان : يجب لوجوب دفع الضرر . ولا ايثار للورع . قلت (والقول لصاحب البحر) : كفعل أحد الرسولين الى مسيلمة (٤) .

وهذا التعليل من صاحب البحر يفيد ترجيح الوجه الأول على ما يبدو لنا لأن تعليلها بوجوب دفع الضرر تعليل قوى جدا وقاعدة مجمع عليها . أما تعليل الوجه الثاني بفعل أحد الرسولين الى مسيلمة فانه قياس مع الفارق . اذ هو خاص برخصة التلفظ بكلمة الكفر ولا شك أن التمسك بالعزيمة هنا أفضل بنص الحديث (٥) ، ولأن فيه اعلاء لكلمة الله تعالى ، وهذا يفارق المضطر الى الميتة بل فيه ازهاق روح بلا مبرر .

-
- (١) أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ — ويراجع أيضا مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٠٦ طبعة سنة ١٣٥٢ هـ ١٩٣٣ م .
 (٢) المحلى ج ١١ ص ٣٤٣ .
 (٣) المغنى ج ٨ ص ٥٩١ .
 (٤) البحر الزخار ج ٤ ص ٣٣٢ .

(٥) فقد أرسل النبي (صلى الله عليه وسلم) رسولين الى مسيلمة الكذاب فقال لاحدهما ما تقول في محمد فقال رسول الله فقال له وما تقول في قال « وانت أيضا » ثم قال للثاني ما تقول في محمد فقال رسول الله حقا مصدقا . قال وما تقول في « قال له انا أصم فقتله . فلما بلغ النبي (صلى الله عليه وسلم) قال : أما أحدهما فقد أخذ برخصة الله وأما الثاني فقد صدع بالحق فهنيئا له » .

وفي فقه الإمامية يروى عن الامام جعفر الصادق عليه السلام قوله :
« من اضطر الى الميتة والدم ولحم الخنزير فلم يأكل شيئا حتى يموت
فهو كافر » (١) .

ومذهب الإباضية هو وجوب تناول ، حيث جاء في شرح النيل وشفاء
الغليل : « ومن مات جوعا في رمضان ، وقد وجد ما يأكل أو مات وترك
الميتة أو الدم أو لحم الخنزير ففى النار » (٢) .

٤٤٤ — وهكذا نرى مذاهب الفقه الاسلامى تكاد تجمع على وجوب
تناول القدر اللازم من الميتة أو غيرها لدفع الهلاك الذى يهدد المضطر ،
 طالما أنه لم يجد شيئا سواها . وبعبارة أدق طالما توافرت شروط الضرورة
التي سبق بيانها بالتفصيل (٣) .

ويلاحظ أننى قد تناولت هذا الموضوع بالدراسة التفصيلية عند
الكلام عن آثار الضرورة . ولذلك فقد اكتفيت هنا بالإشارة الى ما ذكره
الفقهاء عن تناول الميتة والدم ولحم الخنزير باعتباره من تطبيقات الضرورة
الخاصة بهذه المسألة .

القدر المسموح بتناوله من الميتة :

٤٤٥ — اختلف الفقهاء فى القدر الذى يباح — أو يجب تناوله من
الميتة عند الضرورة .

(١) من لا يحضره الفقيه ص ٣٩٩ طبعة سنة ١٣٧٦هـ وروى محمد
ابن عذافر عن أبيه عن أبى جعفر عليه السلام قال : قلت لم حرم الخمر
والميتة والدم ولحم الخنزير فقال : ان الله تبارك وتعالى لم يحرم ذلك على
عباده وأحل لهم ما وراء ذلك من رغبته فيما أحل الله لهم ولا زهد فيما
حرم عليهم ولكنه خلق الخلق فعلم ما تقوم به أبدانهم وما يصلحهم فأحله
الله لهم وعلم ما يضرهم فنهاهم عنه . ثم أحله للمضطر فى الوقت الذى
لا يقوم بدنه الا به فانه لم ينل أحد منها الا ضعف بدنه ونحل جسمه ووهنت
قوته وانقطع نسله ولا يموت أكل الميتة الا فجأة (المرجع السابق ص ٤٤٠)
ولله الحكمة البالغة ما أعجب هذا القول من رجل هو من علماء القرن الثانى
الهجرى (الثامن الميلادى) واذا بالعلم الحديث يؤكد ما فى الميتة من مضر
ومفاسد كما سبق أن أشرنا الى ذلك فى القسم الأول .

(٢) شرح النيل وشفاء الغليل ج ٩ ص ٢٠٦ .

(٣) الباب الثالث من القسم الأول .

فعلى الرغم من الاتفاق على القاعدة التى تقول : الضرورة تقدر بقدرها فانهم يختلفون فى القدر الذى تدفع به الضرورة من هذه المحرمات .

٤٤٦ - المذهب الاول :

مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والامامية والاباضية وهو أنه لا يجوز للمضطر أن يأكل من الميتة الا قدر ما يسد الرمق .
أى القدر اللازم لدفع الضرورة . وهذا هو المظاهر من مذهب الزيدية .

على أن الحنفية حددوا الميعار الذى تندفع به الضرورة .. « بمقدار ما يتمكن به من الصلاة قائما » (١) . و فرق الشافعية بين ما اذا لم يخش الهلاك مستقبلا فلا يباح الا ما يسد الرمق اما اذا « خشى الهلاك على نفسه دون قطع البادية بأن خاف الا يقطعها ويهلك أن لم يزد على سد الرمق فتباح له الزيادة بل تلزمه لئلا يهلك نفسه بأن يأكل حتى يكسر سورة الجوع بحيث لا يطلق عليه اسم جائع » (٢) .

وأىضا فان الحنابلة قد نصوا على أبلحة ما يسد الرمق وعلى تحريم ما يزيد على الشبع وعندهم فى الشبع روايتان الأولى : لا يباح لأن الآية دلت على تحريم الميتة واستثنى ما اضطر اليه ، فاذا اندفعت الضرورة لم يحل له الأكل كحالة الابتداء ولأنه بعد سد الرمق غير مضطر فلم يحل له الأكل للرية ، يحققه أنه بعد سد الرمق — كهو قبل ان يضطر ومن ثم لم يباح له الأكل كذا ههنا . والرواية الثانية عند الحنابلة يباح له الشبع لما روى جابر بن سمرة أن رجلا نزل الحرة فنفتت عنده ناقة ، فقالت له امرأته اسلخها حتى نقدد شحمها ولحمها ونأكله فقال حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله ، فقال : « هل عندك غنى يفنيك ؟ قال : لا ، قال « فكلوها » ولم يفرق (٣) ولأن ما جاز سد الرمق منه جاز الشبع منه كالمباح (٤) .

(١) الدر المختار ج ٥ ص ٢٩٥ - ٢٩٦ هامش سنيه ابن عابدين .

(٢) أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ .

(٣) سبقت الإشارة الى سند هذا الحديث .

(٤) المفنى ج ١١ ص ٧٣ - ٧٤ .

والظاهر من عبارة ابن قدامه ترجيح الرواية الأولى لأنه قد أول الرواية الثانية على أنها خاصة بحالة الضرورة المستمرة وفي ذلك يقول : « يحتمل أن يفرق بين ما اذا كانت الضرورة مستمرة وبين ما اذا كانت مرجوة الزوال . فما كانت مستمرة كحالة الاعرابى الذى سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم جاز الشبع لانه اذا اقتصر على سد الرmq عادت الضرورة اليه عن قرب ولا يتمكن من البعد عن الميتة مخافة الضرورة المستقبلية ويفضى الى ضعف بدنه وربما ادى ذلك الى تلفه بخلاف التى ليست مستمرة فانه يرجو الغنى عنها بما يحل له » (١) .

وعند الامامية الاقتصار على ما يدفع الضرورة فقد جاء عن الامام جعفر الصادق رحمه الله : ان الله عز وجل احل الميتة وما فى حكمها للمضطر بقدر البلغة لا غير ذلك » (٢) .

ونص الاباضية على أن المضطر يأكل ما يقوته وقيل لا يعرف لذلك حد دون الشبع (٣) .

وأما الزيدية فقد قال صاحب البحر الزخار : « ولا يحل للمضطر مما يحرم بنفسه أكثر من سد الرmq لزوال الضرورة بسده لقوله تعالى «غير باغ» (أى غير متلذذ ولا مجاوز لدفع الضرورة ثم ساق بعد ذلك بعض الآراء الأخرى (٤) .

والخلاصة من ذلك أن جمهور الفقهاء يرون أن المضطر يتناول من الميتة وما فى حكمها القدر اللازم لانتقاده من الهلاك أو ما يزيد عن ذلك قليلا دون أن يصل الى حد الشبع اذا كانت الضرورة مستمرة ويخشى على نفسه الهلاك مستقبلا .

٤٤٦ - وتتلخص أدلة الجمهور فيما يأتى :

أولا : قوله تعالى « غير متجانف لاثم » وقوله تعالى «غير باغ » أى غير متلذذ ولا مجاوز حد الضرورة (٥) .

(١) المغنى ج ١١ ص ٧٣ - ٧٤ .

(٢) من لا يحضره الفقيه ص ٤٠٠ .

(٣) شرح النيل وشفاء القليل ج ٩ ص ٢٠٦ .

(٤) البحر الزخار ج ٤ ص ٣٣٢ - ٣٣٣ .

(٥) اسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ والبحر الزخار ج ٤ ص ٣٣٢ .

ثانيا : ان الاقتصار على ما يسد الرق تندفع به الضرورة فلا يباح له ما زاد على ذلك (١) .

ثالثا : انه قد يجد الحلال بعد ذلك فلا تباح له الزيادة على ما يسد الرق لاحتمال تمكنه من الشبع من الحلال مستقبلا (٢) .

رابعا : اما ان خشى مستقبلا بأن كان مسافرا في فلاة ولا مجال فيها للحصول على طعام أو شراب فتباح له الزيادة بل انها تجب عليه حتى لا يعرض نفسه للهلاك (٣) .

٤٤٧ - المذهب الثاني :

مذهب المالكية وبعض الفقهاء وهو انه يباح للمضطر ان يأكل من الميتة حتى يشبع بل ويتزود منها ، « ونص الموطأ : قال مالك : من أحسن ما سمعت في الرجل يضطر الى الميتة انه يأكل منها حتى يشبع ويتزود منها ، فان وجد عنها غنى طرحها » (٤) .

وحجة الامام مالك رحمه الله ، أن المضطر ليس ممن حرمت عليه الميتة ، فاذا كانت حلالا له اكل منها ما شاء ، حتى يجد غيرها فيتحرم عليه (٥) .

٤٤٨ - وعندى أن الراجح هو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء من أن المضطر لا يباح له من الميتة أو الدم أو لحم الخنزير الا ما يسد رمقه . لأن الضرورة تقدر بقدرها فلا تجوز الزيادة على القدر اللازم لدفع خطر الهلاك عن المضطر خصوصا وان المضطر - كما يقول ابن قدامة - بعد سد الرق يصبح غير مضطر .

ومن ناحية أخرى فان الآيات الدالة على تحريم الميتة والدم ولحم الخنزير جعلت الأصل في هذه الأشياء تحريمها تحريما قاطعا مؤكدا ثم استثنت

(١) أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ .

(٢) أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ .

(٣) أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ .

(٤) موطأ مالك مع شرحه تنوير الحوالك ج ٢ ص ٤٤ . التاج

والأكليل لمختصر خليل ج ٣ ص ٢٣٣ .

(٥) التاج والأكليل ج ٣ ص ٢٣٣ .

من ذلك حالة الاضطرار ، فاذا اندفعت الضرورة لم يحل الأكل لزوال السبب المبيح .

غير أنه يجب أن يكون زوال الضرورة حقيقيا ثابتا اما اذا كان زوالا غير حقيقى أو — مشكوكا فيه وهذا يكون فى حالة الضرورة المستمرة اذ يصبح سد الرمق لا أثر له لاحتمال عودة الاضطرار والتعرض للهلاك فى وقت قريب ولذلك فان أصحاب هذا رأى يبيحون الأكل حتى الشبع ، أو دونه بقليل ، اذا كانت الضرورة مستمرة حفظا للنفس من الهلاك الذى قد يتعرض له مستقبلا .

٤٤٩ — ومن رأينا أن ما ذهب اليه المالكية من أن المضطر لا تحرم عليه الميتة فلذلك له أن يتزود منها «غير مسلم» . ذلك أن الأصل فى الميتة هو التحريم المطلق . فهى محرمة على كل الناس وفى كل الأحوال عدا النادر منها . وهذا النادر هو حالات الاضطرار فايحت الميتة للمضطر لكى يدفع بها ضرورته ، فاذا ما اندفعت صار كسائر الناس فى التحريم ، فحينما زالت الضرورة حرمت عليه الميتة بنص الآية .

خصوصا وان الله عز وجل اشترط فى المضطر شرطين أحدهما أن يكون غير باغ ومن المعانى التى يحتملها هذا الشرط : ألا يأكل من غير ضرورة .

وثانيهما : أن يكون غير عاد : ومن المعانى التى يحتملها هذا الشرط : ألا يتجاوز فى الأكل عن القدر اللازم لدفع ضرورته فان تجاوز هذا القدر كان «متجاوزا لائم» ومتعديا للحدود التى حرم الله تجاوزها .

٤٥٠ — شروط اكل الميتة وما فى حكمها :

سبق لنا — فى القسم الأول — دراسة شروط الضرورة دراسة مفصلة غير أن تناول الميتة والدم ولحم الخنزير له بعض شروط خاصة عند بعض الفقهاء ينبغى التنبيه الى آراء الأئمة فيها .

ومن هذه الشروط ما يأتى :

٤٥١ — الشرط الأول : عدم المعصية فى السفر حتى يباح للمضطر المسافر تناول الميتة وما فى حكمها .

وقد سبق لنا دراسة هذه الشروط في الجزء الأول دراسة وافية وذلك لما له من صلة كبرى بشروط النظرية العامة للضرورة .

الشرط الثاني :

٤٥٢ — ما يكاد ينفرد به الحنابلة وهو أنه يشترط في المضطر ألا يقدر على دفع ضرورته بسؤال الناس (١) .

جاء في المغنى لابن « قدامه رحمه الله عن الامام أحمد رضى الله عنه انه قال « أكل الميتة في السفر يعنى أنه في الحضر يمكنه السؤال وقد علق ابن قدامه على ذلك فقال « وهذا من أحمد خرج مخرج الغالب فان الغالب أن الحضر يوجد فيه الطعام الحلال ويمكن دفع ضرورته بالسؤال » (٢) .

٤٥٣ — وبحث هذا الشرط ينبغي أن يكون — في نظرنا — على ضوء شرط اللزوم الذي سبق وان درسناه تفصيلا في القسم الأول . حيث رأينا أنه يشترط في الفعل الذي يدفع به خطر الضرورة أن يكون لازما لذلك بحيث لا يكون هنالك فعل مباح يمكن للمضطر أن يلجأ اليه . فالامام أحمد بن حنبل رحمه الله يقرر في هذه الجزئية أن المضطر يمكنه السؤال في الحضر وهذا كما يقول ابن قدامه في الغالب من الأمور حيث يتصور وجود الطعام الحلال بكثرة في الحضر .

ومع ذلك فان بحث هذا الشرط يختلف — على ما يبدو لنا والله أعلم — باختلاف كيفية السؤال ، وباختلاف أحوال الناس .

فلا شك أن المضطر اذا كان في قدرته أن يسأل غيره مالا أو طعاما على سبيل القرض فانه يتحتم عليه أن يفعل ذلك ولا يحل له مطلقا أن يأكل من الميتة أو غيرها من المطعومات المحرمة (٣) .

(١) هذا الشرط ليس من الشروط العامة للضرورة والا لشرحناه في القسم الأول . ولكنها رواية عن الامام أحمد رضى الله عنه فكان لابد من الإشارة إليها هنا .

(٢) المغنى ج ١١ ص ٧٤ — ٧٥ .

(٣) وهنا قد تثار التساؤلات كيف يكون مضطرا وهو في الحضر ؟ والجواب أن ذلك شيء معتاد فما أكثر المحتاجين والمعوذين خاطئة اذا كانوا ممن قال الله تعالى فيهم : « لا يسألون الناس الحافا » وقد يقال : كيف يعالج اضطراره بالميتة والجواب أن الحكم ليس خاصا بالميتة بل ينطبق على

أما اذا لم يكن لديه شيء أبدا ولا يمكنه وفاء القرض مستقبلا ..
فان سؤاله للناس في هذه الحالة يكون على سبيل الصدقة وهذا يختلف
من شخص لآخر .

فمن الناس من لا يستطيع مثل هذا السؤال . ويفضل الموت جوعا
دون أن يتفضل غيره عليه (١) وقد أشار القرآن الكريم الى هذا الصنف
من الناس حيث يقول الله عز وجل « يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف
تعرفهم بسيمائهم لا يسألون الناس الحافا » (٢) .

وقد زادنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بيانا عن هؤلاء فقد روى
البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :
« ليس المسكين الذى يطوف على الناس ترده اللقمة واللقمتان والتمرّة والتمرتان .
ولكن المسكين الذى لا يجد غنى يغنيه ولا يفطن له فيتصدق عليه ، ولا يقوم
فيسأل الناس » (٣) وما رواه البخارى عنه أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم
قال : « ليس المسكين الذى ترده الاكلة والاكثران ولكن المسكين الذى ليس
له غنى ، ويستحىء أو لا يسأل الناس الحافا » (٤) .

غيرها من الأشياء الواردة معها فى النص وهى الدم ولحم الخنزير . ويأخذ
نفس الحكم سائر المطعومات المحرمة لنجاستها . وكيف يتصور ذلك مع
أن الشريعة توجب النفقة على الأقارب والجيران وبيت المال والجواب أن
كل ذلك حق لا شك فيه . ولكن الواقع قد يختلف عن المثل العليا التى
أوجبتها الشريعة وأن الظروف قد تختلف كذلك فلا يدرى القريب عن قريبه
شيئا ولا يدرى الجار شيئا عن جاره .

(١) وقد نسب الى على بن أبى طالب كرم الله وجهه قوله : « لنقل
الصخر من قمم الجبال أخف على من من الرجال » .

(٢) سورة البقرة من الآية رقم « ٢٧٣ » .

(٣) صحيح البخارى ج ١ ص ١٧٠ .

(٤) المرجع السابق نفس الموضع .

ومن ناحية فقد روى البخارى فى باب « من يسأل الناس تكثرا عن
عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم :
« ما يزال الرجل يسأل الناس حتى يأتى يوم القيامة ليس فى وجهه مزعة
لحم » . وقد كتب معاوية الى المغيرة بن شعبه أن اكتب الى بشىء سمعته
من رسول الله صلى الله عليه وسلم فكتب اليه سمعت النبى صلى الله عليه
وسلم يقول : « ان الله كره لكم ثلاثا : قيل وقال ، واضاعة المال ، وكثرة
السؤال » .

(صحيح البخارى ج ١ ص ١٧٠) .

فالمضطرون من أمثال هؤلاء ، تباح لهم الميتة لدفع خطر الجوع ،
ان استحال عليهم الحصول على الطعام الحلال ، دون اهدار لكرامتهم
بذل السؤال •

ومن الناس من يعتبر السؤال شيئا طبيعيا لا تأنف نفسه منه وهذا
النوع يجب عليه مراعاة هذا الشرط في حقه ، فطالما أن مروءته لا تستكف
سؤال الناس فانه يجب عليه سؤالهم ، ولا يحل له أكل الميتة الا بعد
أن يسألهم ويستحيل عليه الحصول - منهم - على ما يسد رمقه •

هل المضطر يأكل الميتة أو طعام الغير :

• ٤٥٤ - اختلف الفقهاء في المضطر اذا كان في امكانه ان يتناول طعام
الغير ، وفي نفس الوقت يمكنه أن يأكل الميتة ، فأيهما يقدم ؟ هل يقدم
طعام الغير على الميتة أم أنه يتناول الميتة ويترك طعام الغير ؟

ويمكن أن نرد خلاف الفقهاء في هذه المسألة الى مذهبين ••

٤٤٥ - المذهب الأول :

مذهب الشافعية (١) والحنابلة (٢) والمشهور عند الحنفية (٣) وأصح
الوجهين عند الزيدية (٤) وقول لبعض الاباضية (٥) ومؤدى هذا المذهب
أن المضطر يقدم الميتة على طعام الغير •

وأدلتهم على ذلك تنحصر فيما يأتي (٦) :

١ - ان أكل الميتة منصوص عليه ومال الآدمي مجتهد فيه ، والعدول
الى المنصوص عليه أولى •

٢ - ان حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والمساهلة وحقوق
الآدمي مبنية على الشح والتضييق •

-
- (١) أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٣ .
(٢) المغنى ج ١١ ص ٧٨ .
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٤ .
(٤) البحر الزخار ج ٤ ص ٣٣٤ .
(٥) شرح النيل وشفاه العليل ج ٩ ص ٢٠٥ .
(٦) المغنى ج ١١ ص ٧٧ وأسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٣ - الحر
الزخار ج ٤ ص ٣٣٤ .
(م ٢٢ - نظرية الضرورة في الفقه الجنائي)

٣ - أن حقوق الله تعالى لا ضمان فيها على الأكل أما حقوق العباد (أى تناول مال الغير) ففيها الضمان .

٤٥٦ - المذهب الثانى :

مذهب المالكية (١) وقول الأكثر عند الاباضية (٢) وبعض الحنفية (٣) وأحد الوجهين عند الزيدية (٤) وخلاصة هذا المذهب أن المضطر إذا كان فى امكانه أن يأكل طعام الغير بدون أن يعود عليه ضرر ما ، فانه يقدمه على الميتة . بل أنها لا تباح له اما اذا خاف وقوع ضرر له من تناول مال الغير فان الميتة تكون أولى وتقدم على طعام الغير .. ففى « الموطأ » سئل مالك عن المضطر الى الميتة أياكل منها وهو يجد ثمر القوم أو زرعاً أو غنماً بمكانه ذلك ؟

قال مالك : ان ظن أن أهل ذلك الثمر أو الزرع أو الغنم يصدقونه بضروره حتى لا يعد سارقاً فتقطع يده ، رأيت أن يأكل من أى ذلك ما يرد جوعه ولا يحصل من ذلك شيئاً ، وذلك أحب الى من أن يأكل الميتة ، وان هو خشى ألا يصدقونه وان يعدوه سارقاً بما أصاب من ذلك فان أكل الميتة خير له عندى » (*) .

٤٥٧ - ويبدو - فى نظرى - رجحان مذهب الامام مالك رضى الله عنه ذلك انه يقضى بتناول طعام الغير متى كان ذلك تناول مأمون العواقب التى قد يتعرض لها من يتسراً على مال غيره .

وعلى ذلك فانه اذا كان فى استطاعته اثبات قيام حالة الضرورة أمام القاضى - أو امام صاحب المال - فانه فى هذه الحالة يباح له - أن يأكل من مال غيره ولا يجوز له أن يتناول شيئاً من الميتة .

أما فى حالة تعرضه لتوقيع العقوبة عليه بأن خاف أن يعد سارقاً وتقطع يده ، فله أن يأكل من الميتة لأن ذلك هو الطريق الاسلام والسييل الأقوم .

-
- (١) التاج والاكليل ج ٣ ص ٢٤٣ .
 - (٢) شرح النيل وشفاء العليل ج ٩ ص ٢٠٥ .
 - (٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٤ .
 - (٤) البحر الزخار ج ٤ ص ٣٣٤ .
 - (٥) موطأ الامام مالك مع شرح تنوير الحوالك ج ٢ ص ٤٤ .
 - التاج والاكليل لمختصر خليل ج ٣ ص ٢٣٤ .

فتناول الميتة انما هو امر استثنائي لا يجوز الالتجاء اليه الا اذا
استغلت كل السبل أمام المضطر للوصول الى الطعام الحلال بأصله .

وما دام في امكانه أن يأكل طعاما حلالا - ولو من مال غيره - فلا يباح
له أن يأكل شيئا من الميتة على وجه الاطلاق (١) .

٤٥٨ - أما قول المذهب المعارض بأن أكل الميتة منصوص عليه
ومال الآدمي مجتهد فيه . فلا ينهض معارضا لمذهب مالك . اذا الحقيقة
أن الضرورة تبيح تناول كل المحرمات سواء في ذلك الميتة أو غيرها
أو طعام الغير . وذلك كان من قبيل المنصوص عليه لأن قول الله عز وجل
« وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » عام في كل
المحرمات كما سبق أن قررناه وأشرنا اليه في غير موضع .

٤٥٩ - وأما ما قالوه من أن حقوق الله تعالى لا ضمان فيها ، وحقوق
العباد مضمونة فسلم ولكن لا يؤثر في مسألتنا اذا ما المانع من أن يقوم
المضطر بأداء قيمة ما تناوله ان أيسر مستقبلا كما قرر ذلك بعض الفقهاء
ودرسناه تفصيلا في القسم الأول . أما ان كان معدما ويخشى عدم
الوفاء بالقيمة وربما عاد عليه ضرر من ذلك فلا مانع من أن يتناول
الميتة - كما هو مذهب المالكية - عند خوف الضرر .

وأما القول بأن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والمساهنة
وحقوق العباد مبنية على الشح والتضييق . فليست المسامحة مطلقة من
غير قيد بل ان التساهل في حقوقه عز وجل له حدود معلومة وليس معنى
رحمته بعباده حينما أباح لهم الميتة أن يكون ذلك من غير قيد ولا شرط
بل وضع سبحانه لذلك شروطا للاضطرار منها عدم امكان الوصول الى
الحلال بأي طريق فمن تعدى ذلك كان باغيا وعاديا .

(١) ويؤيد هذا المذهب - أيضا - في مسألة التمر والزرع - قوله
صلى الله عليه وسلم حينما سئل عن التمر المعلق : « من أصاب بقية من ذي
حاجة غير متخذ حبة فلا شيء عليه » سبل سلام ج ٤ ص ٢٥ .

وهذا مما لا خلاف فيه بين الفقهاء . كذلك لا خلاف بينهم في أن المحرم اذا اضطر الى الميتة ولكنه وجد صيدا مذبوحا فانه يأكل الصيد ولا تحل له الميتة (١) .

٦٦٨ - وانما الخلاف بينهم فيما اذا وجد المحرم المضطر صيدا برياً غير مذبوح وميتة - فهل يأكل الميتة أم يذبح الصيد ؟ واذا كان في امكانه الاستيلاء على مال الغير وأن يذبح صيدا برياً فأيهما يقدم ؟

الصيد والميتة :

٤٦٢ - أما عن المسألة الأولى : فان المذاهب الأربعة تكاد تكون متفقة فيما بينها على أن المحرم المضطر يأكل الميتة ويترك الصيد فلا يذكيه (٢) وهو أحد قولين عند الزيدية (٣) .

وتتلخص ادلتهم على ما ذهبوا اليه فيما يأتي :

أولاً : ان اباحة الميتة منصوص عليها واباحة الصيد مجتهد فيها وتقديم المنصوص أولى (٤) .

ثانياً : ان في الصيد تحريمات ثلاثة : تحريم قتله وتحريم أكله وتحريم الميتة لأن الذكاة لا تعمل فيه حيث يعتبر ما ذبحه المحرم ميتة . وبهذه الأخيرة يكون مساوياً للميتة ، ويزيد عنها تحريم القتل والأكل (٥) .

أى فعلى من يقتل الصيد متعمداً جزاء من النعم (وهى الأنعام : الابل والبقر والغنم) مماثل للصيد المقتول فى الخلقة والمنظر : ففى النعمة بدنة وفى حمار الوحش بقرة وفى الظبى شاة . وفى الأرنب سخل أو ما يساوى قيمة هذا الجزاء طعاماً ، فيعطى لكل مسكين مداً . أو ما يعادل هذا الطعام صياماً فيصوم عن كل مد يوماً . صفوة البيان لمعانى القرآن ج ١ ص ٢٠٦ .

(١) الأشباه والنظائر مع حاشية الحموى ص ١١٤ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٤ - التاج والاكلیل لمختصر خليل ج ٣ ص ٢٣٤ - المغنى ج ١١ ص ٧٩ - أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٣ .

(٣) البحر الزخار ج ٤ ص ٣٣٤ .

(٤) المغنى ج ١١ ص ٧٩ .

(٥) المرجع السابق - نفس الموضع التاج والاكلیل ج ٣ ص ٢٣٤ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ١١٦ - أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٣ .

٤٦٣ - وبالرغم مما تقدم فإن صاحب المغنى قد أشار الى أن هناك رأيا آخر مؤداه أن المضطر يأكل الصيد ويفديه وقد نسب هذا القول الى الشافعى فى أحد قولييه كما نسبه الى الشعبى (١) . وهو الأصح عند الزيدية (٢) .

٤٦٤ - والذى يبدو لى - والله أعلم - ان تقديم الصيد على الميتة أولى ، لأنه - فى نظرى - أقرب الى القياس على الأحكام الشرعية المنصوصة . وبيان ذلك من وجوه .

أولا : ان حرمة الميتة أصلية ، وحرمة الصيد عارضة . وما كانت حرمة طارئة أخف من الذى حرمة أصلية .

ثانيا : أن انتهاك حرمة الصيد له كفارة وأما الميتة فلا كفارة لها . والذنب الذى يمكن تكفيره فى الدنيا هو من غير شك أهون من الذنب الذى لا يمكن تكفيره . ولذلك فإن ذبح الصيد أخف من أكل الميتة . (فى نظرى والله أعلم) .

ثالثا : ان الصيد حينما يذبح أو يمسك ، فانما يذكر اسم الله عليه . وما ذكر اسم الله عليه حين ذكاته انما هو طعام طيب بأصله - وان طرأت عليه حرمة خاصة فقد أزالها حالة الضرورة - وذلك بعكس الميتة فهى خبيثة من كل الوجوه . وكيف يباح الخبيث مع وجود الطيب . وهما لا يستويان ؟

رابعا : ان أكل الميتة غير مأمون العواقب فقد يترتب عليه ضرر للأكل بخلاف الصيد فانه طعام طيب مأمون العاقبة ولذلك فقد قيد المخالفون رأيهم بما اذا لم يخف على نفسه من الميتة .

(١) المغنى ج ١١ ص ٧٨ .

(٢) البحر الزخار ج ٤ ص ٣٣٤ . وقد قال صاحب البحر ذلك وفى تقديم المحرم لحم الميتة على الصيد وجهان أصحهما يقدم الصيد ، للخلاف فيه لا الميتة وقيل العكس لئلا يلزمه الجزاء . وقول صاحب البحر للخلاف فيه لا يمكننا التسليم به . لأن تحريم الصيد على المحرم بصريح نص القرآن فلا ينبغى أن يكون محلا لخلاف .

٤٦٥ - أما قولهم ان اباحة الميتة منصوص عليها واباحة الصيد مجتهد فيها فجوابه أن اباحة الصيد منصوص عليها أيضا بدخولها في عموم قول الله عز وجل : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » .

وأما ان الصيد فيه تحريمات ثلاثة ، حرمة القتل ، وحرمة الأكل ، وحرمة الميتة ، فذلك القول محل نظر كبير لأننا لم نقل بقتله وانما قلنا بذبحه عند الضرورة ، وذلك مباح لأن الله تعالى أباح لنا تناول كل ما حرمه علينا اذا ما اضطررنا اليه . ومن جملة ما حرمه علينا صيد البر ما دمنا حرما . وحيث تحقق الاضطرار صار مباحا ييقن لا شك فيه واذا كان مباحا فلا يحل أكله الا بالذكاة التي شرعها الله تعالى واذا ذكى للضرورة - صار طعاما طاهرا طيبا - لا لحما ميتا خبيثا .

فالشارع اذا أباح ذبحه لم يصير ميتة . ولهذا لو لم يجد المضطر شيئا سواه صار ذكيا طاهرا بالاجماع (١) .
هذا وبالله التوفيق ،،

٤٦٦ - الصيد وطعام الغير :

واذا اجتمع أمام المضطر المحرم الصيد وطعام الغير فأيهما يقدم ؟ ذهب الحنفية الى أن المضطر المحرم اذا لم يجد الا طعام الغير وصيد الحرم فانه يقدم الصيد (٢) .

(١) بقيت صورة ما اذا اجتمع أمام المضطر ميتة وخنزير فأيهما يقدم ؟ عند الأباضية قولان (شرح النيل ج ٢ ص ٢١٠) ويرى المالكية في هذا أن الميتة تقدم على الخنزير لأن الخنزير ميتة اذ لا تعمل فيه الذكاة وهو مما لا يستباح بوجه (التاج والاكلیل ج ٣ ص ٢٣٣) وهو رأى مقبول - في نظرنا - لأن الخنزير حرام بأصله ، نجس الذات ، متاصل في الحرمة ، أما الميتة فقد كانت قبل الموت تعمل فيها الذكاة فهي ليست متصلة في الحرمة ، حيث كان لها وجه من وجوه الاستباحة بعكس الخنزير في كل ذلك فكان تقديم الميتة - أولى . والله أعلم بالصواب .

(٢) الأشباه والنظائر مع حاشية الحموى ص ١١٤ ط ١٨٩٩ م .

وعند الشافعية أقوال ثلاثة :

الأول : يتعين عليه أن يقدم الصيد على طعام الغير • والقول الثاني يتعين عليه أن يتناول طعام الغير • والقول الأخير يتخير بينهما بمعنى أنه بالخيار بين ذبح الصيد وأكل طعام الغير وقد رجح صاحب أسنى المطالب القول الأول حيث قرر أن الظاهر من هذه الأقوال أولها وقد استند في هذا الترجيح الى أن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة (٣) •

وهذا الترجيح جدير بالقبول لسلامة سنده ؟

(٣) أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٣ وطبعة سنة ١٣١٣هـ ميمية .

البَابُ الثَّالِثُ

الضرورة وجرائم الأموال

٤٦٧ — المال قوام الحياة ، ولذلك فقد حرصت الشريعة الغراء على أن تقرر — في كل مصادرها — أن المال محرم على غير صاحبه ، فلا حق لأحد في مال أحد الا بحقه ، وهذا ثابت مقرر بنص كتاب الله العزيز والسنة المطهرة واجماع الأمة على ذلك من غير نكير .

فقد قال الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » (١) .

وقال صلى الله عليه وسلم — في حجة الوداع : « ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » (٢) .

٤٦٨ — هذا هو الأصل في تحريم الأموال . غير أن هناك أحوالا لا نقول تستباح فيها أموال الناس — بل نقول — تظهر فيها صفة الشركة بين الناس وبعضهم في تلك الأموال وفي ظروف معينة .

فللفقير حق في مال الغنى — قال الله تعالى : « والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » (٣) ، وهذا الحق غير الزكاة المفروضة ذلك أن سورة المعارج التي نزلت فيها هذه الآية وسورة الذاريات التي وردت فيها الآية الأخرى هما من السور المكية ، والزكاة انما فرضت بالمدينة (٤) .

(١) سورة النساء الآية رقم « ٢٩ » .

(٢) متفق عليه بين البخارى ومسلم . وقد سبقت الإشارة الى هذا الحديث فيما تقدم .

(٣) سورة المعارج الآية رقم « ٢٤ » . وفي سورة الذاريات يقول الله تعالى في مدح المؤمنين : « وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم » الآية رقم « ١٩ » .

(٤) صفوة البيان لمعانى القرآن . ج ٢ ص ٢٠٠ .
وقد يقال : « ان هذه الآيات وأمثالها جاءت بمثابة التمهيد لحكام الزكاة . وعلى فرض التسليم بهذا فان في الروايات التالية ما يؤكد وجود بعض الحقوق غير الزكاة في أموال العباد .

ومما يؤيد ذلك ما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه قال: « في مالك حق سوى الزكاة » (١) •

كما روى عن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها أنها قالت لمن سألها : « ان كنت تسأل في دم موجه أو غرم مفضع أو فقر مدقع فقد وجب حقه » (٢) وصح ذلك أيضا عن سيدنا الحسن بن علي وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم أجمعين (٣) •

٦٥٤ - ولهذا فاننا نرى الفقهاء يقررون أن على صاحب المال فرضا محتما هو اطعام الجائع الذى لا يجد شيئا كما أنهم أباحوا للمضطر أن يأخذ من مال الغير القدر الذى يدفع به الهلاك عن نفسه • وسبق القول بأنهم أباحوا له أن يقاتله على ذلك اذا امتنع (٤) •

بيد أن مال الغير - الذى قد يلزم لدفع ضرورة المضطر أو لاعانة المحتاج على حاجته - اما أن يكون محرزا ، واما أن يكون غير محرز ، فالحكم يختلف باختلاف هاتين الحالتين •

وعلى ذلك فان الدراسة فى هذا الباب ستكون على الوجه التالى :

الفصل الأول : الاضطرار الى المال المحرز •

الفصل الثانى : الاضطرار الى المال غير المحرز •

الفصل الثالث : الاضطرار الى اتلاف الأموال •

(١) المحلى ج ١ ص ١٥٨ •

(٢) ، (٣) المرجع السابق نفس الموضع •

الفصل الأول

الاضطرار الى المال المحرز

٤٧٠ - اذا كان المال محرزا ، فاما أن يكون أخذه على سبيل المكابرة ، واما أن يكون أخذه على سبيل الخفاء . فان كان الأول فهو الغضب (١) وان كان الثاني فهو السرقة (٢) . تتكلم عن ذلك في مبحثين على التوالي :

المبحث الأول

أخذ المال بالقوة من ماله

٤٧١ - سبق لنا أن بينا اجماع الفقهاء على أنه يجوز للمضطر أن يأخذ الماء والغذاء الذي تتوقف عليه حياته ، وأنه يجوز له استعمال القوة مع المالك الذي يمنعه دون مبرر ، وله أن يلجأ الى قتاله اذا لزم الأمر بالشروط السابقة على أن أخذ المضطر للطعام أو للماء في مثل هذه الحالة لا يعتبر في نظرنا غصبا لأن الضرورة تبرر هذا الأخذ - فهو وان كان في الظروف العادية أخذا بالقوة - الا أنه في حال الضرورة لا يعتبر غصبا لأن حقا لآدمي تعلق بهذا المال . ويد المضطر - المراد اثباتها هي اليد

(١) الغصب لغة هو اخذ الشيء قهرا أو ظلما . ففي المصباح المنير : غصب غصبا من باب ضرب . واغتصبه أخذه قهرا وظلما فهو غاصب مثل كافر وكفار ويتعدى الى مفعولين فيقال غصبته ماله . وقد تزايد من في المفعول الأول فيقال غصبت منه ماله . فزيد مفصوب ماله ، ومفصوب منه (المصباح المنير باب الفين مع الصاد ومائلتهما) .

والغصب شرعا : هو اثبات اليد على مال الغير على وجه يفوت يد المالك (طلبية الطلبة للنسفي ص ٩٦) .

(٢) السرقة لغة : اخذ الشيء من الغير خفية : ففي لسان العرب : السارق من جاء مستترا الى حرز فأخذ منه ما ليس له . فان أخذ من ظاهر فهو مختلس ومستلب ومنتهب (لسان العرب : السين مع الراء والقاف) .

وتعرف السرقة شرعا بتعريفين : الأول باعتبارها فعلا محرما فيقال انها أخذ الشيء خفية بغير حق والثاني باعتبارها فعلا موجبا للقطع فيقال : انها أخذ الشيء والمال الذي يبلغ نصابا - من حرز مثله بلا شبهة : الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٨٢ - ٨٤) ، (وحاشية قليوبي وعميرة ج ٤ ص ١٨٦) .

المحققة . لأن المضطر له حق في أن ينقذ نفسه من أى مال كان - وهو ضامن كذلك . واذن فالمضطر في مثل هذه الظروف انما يستعمل القوة من أجل حصوله على حق مقرر له شرعا . بل في الحقيقة ان أخذه ذلك المال من أجل أن ينقذ حياته هو فرض عليه لأن انقاذ المهجة فرض من غير شك (١) على ما نص عليه معظم الفقهاء في المذاهب المختلفة .

٤٧٢ - فقد جاء في الدر المختار شرح تنوير الابصار ما نصه : « الأكل للغذاء والشرب للعطش ولو من حرام ... أو مال غيره - وان ضمنه - فرض يثاب عليه بحكم الحديث » (٢) وقد علق العلامة ابن عابدين على هذه العبارة فقال : « فمن خاف الموت ، ومع رفيقه طعام أخذ بالقيمة منه قدر ما يسد جوعته ، وكذا قدر ما يدفع العطش ، فان امتنع قاتله بلا سلاح » (٣) .

كذلك نجد في الفقه الشافعى نفس الحكم - غير أن الشافعية ، شأنهم في ذلك شأن المالكية والحنابلة قد أباحوا للمضطر قتال الممتنع مطلقا من غير التقيد بسلاح أو بغيره كما سبق أن بينا ذلك تفصيلا في المبحث السابق .

ومما تجدر الإشارة اليه هنا - أن كثيرا من الفقهاء قد صرحوا بما يفيده أن الممتنع عن انقاذ المضطر بتقديم الطعام أو الماء له - يعتبر ساعيا في هلاكه مما يبرر أخذ الماء أو الطعام منه بالقوة الأمر الذى يؤيد ما ذهبنا اليه من أن مثل هذا الأخذ لا يعتبر غصبا لأنه أخذ بحق ، كما أن ذلك منع بغير حق .

وقد سبق أن أوردنا نصوصا تؤكد هذا المعنى في الباب الأول من هذا القسم ونكتفى بالإشارة الى ما قرره ابن قدامه حيث يقول :

(١) يلاحظ هنا ان الفرضية منصبة على الأخذ - اما القتال من أجل ذلك فهو جائز فقط .

(٢) ج ٥ ص ٢٩٥ - ٢٩٦ هامش حاشية ابن عابدين ط ١٢٩٩ هـ .

(٣) حاشية ابن عابدين - المسماة : رد المختار على الدر المختار

ج ٥ ص ٢٩٥ - ٢٩٦ ط ١٢٩٩ هـ .

« فان لم يصب المضطر الا طعاما لم يبعه مالكة أخذه قهرا ليحيى به نفسه الا أن يكون لصاحبه مثل ضرورته » .

وجملته أنه اذا اضطر فلم يجد الا طعاما لغيره نظرنا : فان كان صاحبه مضطرا اليه فهو أحق به ، ولم يجز لأحد أخذه منه لأنه ساواه بالضرورة وانفرد بالملك .. وان لم يكن صاحبه مضطرا لزمه بذله للمضطر .. فان لم يفعل للمضطر أخذه منه لأنه مستحق له دون مالكة . فان احتج الى قتاله فله المقاتلة عليه .. » (١) .

وهذا ينفي فكرة الغصب من أساسها كما سبق لنا البيان .

المبحث الثاني

سرقة المال من صاحبه

٤٧٣ - بعد أن ثبت لدينا اجماع المذاهب الاسلامية المشهورة على اباحة أخذ المال بالقوة من صاحبه لأجل انتقاذ المضطر من خطر الموت أو شدة الضرر أو خشية التلف ، يبدو لنا من البدهى أن نتراهم يجمعون على اباحة سرقة الغذاء ونحوه للمضطر الذى يشرف على الهلاك بشرط ألا يتجاوز القدر اللازم لانتقاذه بأن يسرق ما يسد رمق الجوع أو يطفىء شدة العطش .

على أنه لا خصوص للماء والغذاء بل كل ما تتوقف عليه حياة الانسان كالدواء مثلا - وتعيين وجوده عند شخص معين بذاته ولم يجد سبيلا لأخذه منه بالثمن وتيسر له أن يأخذه منه بأى طريق آخر ولو بسرقة فان ذلك مباح له بشرط أن يقتصر على القدر اللازم لانتقاذه مع مراعاة كونه مسئولا عن قيمته من الناحية المدنية حتى لا تضيع الحقوق على أصحابها متى كان المضطر موسرا كما سبق لنا بيان ذلك فى القسم الأول .

(١) الفنى ج ١١ ص ٨٠ .

ويراجع أيضا اسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٢ - والمحلى ج ١١ ص ٣٤٣ . الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ج ٢ ص ١١٦ - ١١٧ - وانا ج ٣ ص ٢٣٤ هامش مواهب الجليل .

٤٧٤ - هذا ويجب التنبيه الى أن فعل المضطر - هنا - واجب مفروض عليه أن يفعله لأن انقاذ النفس فرض • وتركها تتعرض للهلاك أو التلف أمر منهي عنه لقوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » وقد سبق لنا تفصيل ذلك في القسم الأول ولهذا فانتنا نلاحظ أن الفقهاء يعبرون عن حكم الفعل الذي يقوم به المضطر من أجل انقاذ حياته بأنه واجب أو بأنه فرض أو ما يدل على هذا المعنى بلفظ آخر (١) ونراهم في باب حد السرقة ينصون - صراحة - على أنه لا قطع على مضطر كما أنه لا قطع في عام المجاعة اذا لم يجد ما يشتريه أو لم يجد ما يشتري به ، فان له شبهة في أخذ ما يأكله أو أخذ الشيء الذي يمكنه أن يشتري به طعاما (٢) •

٤٧٥ - ويجب عدم الخلط بين ترك القطع في عام المجاعة عموما وبين عدم قطع سارق بذاته اذا كان مضطرا الى الشيء الذي سرقه •

فالحالة الأخيرة هي وحدها فقط التطبيق الدقيق لحالة الضرورة • أما ترك القطع في عام المجاعة فذلك لاحتمال اضطراب السارق الى السرقة وهذا الاحتمال يوجد شبهة يندري بها الحد • لقوله صلى الله عليه وسلم : « ادروا الحدود بالشبهات » •

مذهب عمر بن الخطاب في هذه المسألة :

من رأينا أن لأمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه موقفين من هذه المسألة : الأول : أنه لم يقطع يد السارق في حالة الضرورة والثاني أنه أوقف حد السرقة في عام المجاعة بصفة عامة •

(١) الدر المختار شرح تنوير الابصار ج ٥ ص ٢٩٥ ٢٩٦ هامش حاشية ابن عابدين •

مواهب الجليل ج ٣ ص ٢٣٣ - ٢٣٤ •

اسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٠ - ٥٧١ • المغنى ج ١١ ص ٧٨ • المحلى ج ١١ ص ٤٣٣ مسألة رقم ٢٢٧٧ •

(٢) المغنى ج ٩ ص ٢٨٨ - ٢٨٩ •

الشرح الكبير بهامش المغنى ج ١٠ ص ٢٨٥ • المذهب للشرازى ج ٢ ص ٢٨٢ • شرح منتهى الارادات ج ٤ ص ١٢٥ • هامش كشف القناع ط ١٣١٩ • المبسوط ج ٩ ص ١٤٠ • طلبه الطلبة للنسفى ص ٧٧ (الفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٧٦) النهاج ج ٤ ص ١٦١ • الاقناع ج ٤ ص ٢٧١ • المختصر النافع في فقه الامامية ص ٣٠٢ •

٤٧٧ - الموقف الأول : عدم قطع يد السارق في حالة الضرورة :

روى مالك في الموطأ أن « رقيقا لحاطب (١) سرقوا ناقة رجل من مزينة فاتحروها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب « رضى الله عنه » فأمر عمر كثير بن أبي الصلت (٢) بقطع أيديهم . ثم قال عمر لحاطب أراك تجيعهم : ثم قال والله لأغرمك غرما يشق عليك . ثم قال للمزني : كم ثمن ناقتك ؟ فقال : كنت - والله - أمنعها من أربعمئة درهم فقال عمر (لحاطب) : أعطه ثمانمئة درهم (٣) .

ويروى ابن وهب (٤) أن عمر بن الخطاب بعد أن أمر كثير بن الصلت بقطع أيدي الذين سرقا أرسل وراءهم من يأتيه بهما فقال لعبد الرحمن بن حاطب (٥) : « أما لولا أنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعتمهم ، ولكن والله اذ تركتهم لأغرمك غرامة توجعك » (٦) .

٤٧٨ - وهذا من عمر بن الخطاب رضى الله عنه - في نظرنا - قضاء بعدم قطع يد السارق الذي ارتكب جريمته مضطرا إليها من شدة الجوع .

(١) هو حاطب بن أبى بلتعة ، واسم أبى بلتعة عمرو بن عمر بن سلمة من بنى خالقة . بطن من لخم . شهد بدر والحديبية وشهد الله له بالإيمان في سورة المنتحنة وأرسله رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الاسكندرية سنة ست فاحضره وقال : أخبرني عن صاحبك اليس هو نبيا قال : قلت : بلى هو رسول الله . قال : فما له يدع وعلى قومه حيث أخرجوه من بلده ؟ قال : قلت له : فقصي بن مريم ، أتشهد أنه رسول الله ؟ فماله حيث أراد قومه صلبه لم يدع عليهم حتى رفعه الله ؟ فقال : أحسنت امت حكيم جاء من عند حكيم . توفي حاطب رضى الله عنه سنة ثلاثين وصلى عليه عثمان ابن عفان رضى الله عنه .

(٢) كثير بن الصلت بن معد بكرب الكندي من بنى جمع يكنى أبا عبد الله . ولد في عهد النبي صلى الله عليه وسلم . روى عن أبى بكر وعمر وعثمان وزيد بن ثابت .

(٣) المنتقى شرح الموطأ لابن الوليد الباجي ج ٦ ص ٩٥ .

(٤) هو عبد الله بن وهب بن مسلم الفهرى بالولادة ، المصرى أبو محمد فقيه من الأئمة أصحاب مالك . جمع بين الفقه والحديث كان حافظا رفض القضاء ولد بمصر وتوفي بها سنة ١٩٧ هـ .

(٥) هو عبد الرحمن بن حاطب بن أبى بلتعة اللخمي . أبا يحيى . ولد في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم ، روى عنه ابنه يحيى أنه قال : رأيت رسول الله يأتي العيد في الطريق ويرجع في أخرى . توفي سنة ٦٨ هـ .

(٦) المنتقى شرح الموطأ - ج ٦ ص ٩٥ .

يدل لذلك قول عمر : « حتى لو وجد واما حرم الله لأكلوه • فجعوعهم اذن ليس جوعا عاديا وانما هو جوع شديد جدا يخشى منه الموت ومن سياق الرواية يبدو لنا جلجا أن هذه الواقعة لم تكن في عام مجاعة بل انما وقعت في ظروف عادية •

ومما يؤكد ما ذهبت — من ناحية ثالثة — أن هذه الواقعة لو كانت في عام المجاعة لما أمر عمر كثير بن أبى الصلت بقطعهم كما جاء ذلك في الرواية صراحة اذ كيف يستقيم الأمر بقطعهم في عام المجاعة ؟

فالواقع أن هذه القضية لم تكن في عام المجاعة لأنه أمر بتنفيذ العقوبة بمجرد ثبوت الجريمة الا أنه تبين له بعد ذلك أن الرقيق لم يرتكبوا جريمة السرقة الا تحت ضغط الجوع الشديد كما يستفاد ذلك من قول عمر لعبد الرحمن بن حاطب « أما لولا أنى أظنكم تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعتمهم • • » •

الموقف الثانى : تعطيل حد السرقة عام المجاعة :

٤٧٩ — روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قال : « لا تقطع في عذق (١) ولا في عام السنة » (٢) • وروى أيضا أن رجلا جاء الى عمر بن الخطاب في ناقة نحرته فقال عمر ! « هل لك في ناقتين عشراوين مزعتين سمينتين بناقتك ، فانا لا تقطع في عام السنة » (٣) •

٤٨٠ — ومع صراحة نص هاتين الروايتين لسنا في حاجة الى القول بأن الرواية الأولى نص صريح من عمر بن الخطاب نفسه يقول فيه بعدم القطع في عام السنة وهو عام المجاعة •

وكذلك الرواية الثانية وهى تزيد عن الأولى ذكرها الواقعة التى نحرته فيها ناقة فاشتكى صاحبها لعمر فأعطاه ناقتين عشراوين (٤)

(١) العذق مثل فلس النخلة ويطلق العذق على انواع من التمر (المصباح المنير العين مع الذال) ولعل المراد انه رضى الله عنه لا يقطع يدا السارق فيمن سرق تمرا معلقا كما جاء ذلك في الحديث •

(٢) المحلى ج ١١ ص ٢٤٣ •

(٣) الناقة العشاء هى التى أتى عليها من وقت الحمل عشرة اشهر مختار الصحاح ص ٤٣٤ •

(٤) رعت الماشية أكلت ما شئت مختار الصحيح ص ٢٣٢ أو رعت كيف شئت • المصباح المنير ج ١ ص ١٠٠ • والمراد ناقتين قد رعيا كما شاءا فصارا من اجود الابل •

مرتعين سميتين بدل ناقته وذكر له العلة نصا « فانا لا نقطع في عام السنة » •

٤٨١ - وقد ذهب البعض الى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد حكم - هنا - وفي موضع آخر - بما يخالف ظاهر الكتاب والسنة • بل لقد ذهب بعض المؤلفين والباحثين المعاصرين الى وصف هذا النص من عمر بأوصاف تفيد معنى التحرر أو التطور أو تقييد النصوص أو نسخها • وتلك النزعة لا تمثل الواقع ولا تتلاءم مع مكانة عمر الفقيه ولا تتسق مع عمله وإيمانه بالكتاب وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم •

٤٨٢ - ذلك أن بعض الكتاب (١) ذهب الى أن عمر اجتهد في وقف تنفيذ حد السرقة على السارقين عام المجاعة (٢) • ولئن سلمنا بأن لعمر مواقف اجتهد مشهورة ، فانا لا نسلم أن ما فعله عمر عام المجاعة كان اجتهدا بل لم يكن الا تطبيقا حكيما وفهما دقيقا لنصوص كتاب الله تعالى وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سنرى ذلك بعد قليل •

٤٨٣ - ومن ناحية أخرى نرى بعض الباحثين المعاصرين (٣) يقرر

(١) الأستاذ محمد فتحى عثمان (في بحث له بعنوان فلنصنع فقها : مجلة الأزهر ج ٨ س ٣٤ ص ٩٨٦ ص ٩٩٠ •

(٢) بل لقد قرر الأستاذ فتحى عثمان أن المسلمين في الجيل الاول ذهبوا الى النهى عن بعض الاحكام الثابتة في الكتاب والسنة ، دفعا لما يترتب عليها من مفساد خطيرة بعد أن تغير الزمن ، ثم ساق سيادته الامثلة على ذلك فقال : « ونستطيع أن نذكر لهذا من باب التمثيل رأى عمر في تقسيم الغنائم العقارية بالعراق ونحوها » المرجع السابق ص ٩٨٨ • والحق أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه اعظم من أن يعطل نصا ثابتا في كتاب الله أو سنة رسول الله كيف ذلك وهو الذى كان ينطق بالرأى أمام رسول الله عليه الصلاة والسلام فينزل الوحي على وفق ما نطق • أما مذهب عمر في تقسيم الغنائم فلم يكن نهيا عن حكم ثابت في الكتاب والسنة بل ما كان الا تطبيقا سليما وفهما صحيحا للقرآن الكريم كما روى أبو يوسف : « أن عمر قال لهم وجدت حجة في تركه والا أقسمه قول الله تعالى للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا » فتلا عليهم حتى بلغ قوله تعالى : « والذين جاءوا من بعدهم » قال كيف أقسمه لكم وأدع من يأتى بغير قسم • الخراج لابن يوسف ص ٢٠ •

(٣) فضيلة المرحوم الشيخ محمد محمد المدنى في بحث له بعنوان : « فقه عمر » منشور في مجلة الأزهر الجزء الثالث من المجلد الثالث والثلاثين •

(٢٣ - نظرية الضرورة)

بكل صراحة - أن عمر رضي الله عنه أعطى نفسه حق التصرف في نص القرآن الكريم حين منع قطع الأيدي بالسرقة في عام المجاعة ، ويريد بالنص قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله » وهذا نص ما قاله حرفيا « أن النص عام مطلق فقد أمر الله بقطع يد السارق والسارقة آيا كانوا ، فعمم هذا الحكم تعميما ، وأطلق فيه فلم يقيده بما اذا كانت السرقة في حالة مجاعة أو في حالة يسر . وقد فهم النبي صلى الله عليه وسلم هذا العموم حتى قال : « والذي نفسى بيده : لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها » .

ولم يرد عنه صلى الله عليه وسلم تقييد القطع بما اذا كان السارق في حال يسر ، ومنعه اذا كان في حال احتياج ، فمن أين أتى عمر بهذا التقييد ؟ ثم ان عمر لم يكن يكلف نفسه البحث عن حالة السارق ، وهل كان في حالة احتياج وفاقة ، أو كان في حالة يسر من أمره ، ولكنه اكتفى بالحالة العامة للناس في سنة المجاعة وقد يكون السارق بالذات غير محتاج ، فان حالة المجاعة وان عمت كثيرا من الناس قد يخرج عنها فرد أو أفراد فكيف ساغ لعمر أن يوقف حد القطع قبل أن يحقق حالة السارق نفسه ؟ فما ذلك الا لأن عمر أعطى نفسه حق التصرف في النصوص وتقييدها أو تعليقها بما يراه محققا للمصلحة العامة (١) .

موقفنا من هذين الرأيين :

٤٨٤ - أما عن الرأي الأول الذي يقول ان عمر قصد أوقف تنفيذا حد السرقة عام المجاعة باجتهاده فقد سبق أن قلنا انه غير مسلم لأن فعل عمر رضي الله عنه يستند الى نصوص ثابتة في كتاب الله العزيز وفي سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بل انه لو لم يفعل ذلك لما كان حريصا على تنفيذ كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ومعاذ الله أن يكون عمر غير حريص على تنفيذ الكتاب والسنة . واذا لم يكن عمر هو الحفيظ على تنفيذ أحكام الله ورسوله فمن ذا الذي يكون حريصا بعد ذلك ؟

وبعد مناقشتنا للرأي الثاني سوف نعرض هذه النصوص الثابتة التي تؤكد سند ما فعله عمر عام المجاعة وحيث وجد النص فلا مجال

(١) من مقال لفضيلته منشور في مجلة الأزهر - الجزء الثالث من المجلد الثالث والثلاثون ص ٢٨١ عدد ربيع الاول سنة ١٣٨١ هـ .

لاجتهاد من أحد • اذ لا اجتهاد مع النص • هذا مع عدم انكارنا لاجتهاد
عمر في مواضع لا نص فيها •

٤٨٥ - أما الرأي الثاني فلنا عليه ملاحظات عديدة • نجلها
فيما يلي :

الملاحظة الأولى : قول صاحبه أن النص عام مطلق وهذا غير مسلم
فقد ثبت تقييد النص من عدة وجوه وبأحاديث صحيحة ثابتة متفق عليها
لا مجال لمأخذ فيها من أى طريق •

من ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تقطع يد السارق
الا في ربع دينار فصاعدا » متفق عليه (١) واللفظ لمسلم (٢) وللفظ البخارى
« تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا » (٣) وفي رواية لأحمد عن
مائشة « اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك » (٤) •

ومن ذلك أيضا ما روى عن رافع بن خديج قال : سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا قطع في تمر ولا كثر » رواه أحمد
والأربعة (٥) وصححه الترمذى وابن حبان (٦) وهذا الحديث - فضلا
عن ذلك - تلقته الأمة بالقبول (٧) •

ومن الأحاديث التى قيدت من اطلاق - الآية - أيضا ما سبق لنا
ايراده من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن التمر المعلق فقال
عليه الصلاة والسلام : « من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذًا خبئه
فلا شيء عليه .. » الحديث (٨) •

-
- (١) سبل السلام ج ٤ ص ١٨ •
(٢) صحيح مسلم ج ٥ ص ١٢ طبع مؤسسة دار التحرير •
(٣) صحيح البخارى ج ٤ ص ١٠٧ •
(٤) سبل السلام ج ٤ ص ١٨ •
(٥) الأربعة هم : أبو داود والنسائى والترمذى وابن ماجه •
(٦) سبل السلام ج ٤ ص ٢٣ •
(٧) المرجع السابق ج ٤ ص ٢٥ وتراجع بصفة خاصة الاحاديث
الكثيرة التى رواها مسلم في صحيحه ج ٥ ص ١١٢ - ١١٣ • وتلك التى
رواها البخارى في صحيحه ج ٤ ص ١٠٧ •
(٨) صحيح البخارى ج ٤ ص ١٠٦ - ١٠٧ - صحيح مسلم ج ٥
ص ١١٤ •

كل هذه الأحاديث وغيرها - قد خصصت عموم الآية وقيدت إطلاقها من عدة وجوه . وبهذا ثبت أن نص آية السرقة ليس عاما مطلقا .

٤٨٦ - الملاحظة الثانية : أن هذا الرأي يقرر أن النبي صلى الله عليه وسلم فهم هذا العموم حتى قال : « والذي نفسى بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها » .

ويمدو لى - والله أعلم - أن العموم هنا ليس مقصودا به عموم آية السرقة بل المراد منه عموم فى إقامة الحد من غير تفرقة بين شريف وخسيس ما دام الحد قد ثبت على صاحبه يشروطه المشروعة ، وسواء كان ذلك فى حد السرقة أو فى غيره . وإنما نص النبي صلى الله عليه وسلم على السرقة لأن الواقعة التى قال فيها هذا الحديث الشريف كانت واقعة سرقة محددة وثابتة .

ومما يؤكد ما ذهبنا إليه ، سياق الحديث نفسه والسبب الذى من أجله برز لنا هذا النطق النبوى المطهر .

فقد روى البخارى - بسنده - عن عائشة رضى الله تعالى عنها أن قریشا أهتمها المرأة المخزومية التى سرقت ، فقالوا : من يكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن يجترىء عليه إلا أسامة حب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أتشفع فى حد من حدود الله ؟ ثم قام فخطب فقال : يا أيها الناس إنما ضل من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق السرقة تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها « (١) » .

وانى لأحمد الله تعالى أن رأيت فى صحيح البخارى ما يؤيد وجهة نظرى بصفة لا تدع مجالا لشك أو ريبه ذلك أن هذا الامام الجليل قد ترجم لهذا الحديث وحده ترجمتين متتاليتين (أى أفرد له بابين خاصين به) فى الترجمة الأولى عبر بقوله : « باب إقامة الحدود على الشريف والوضيع » .

(١) صحيح البخارى ج ٤ ص ١٠٦ - ١٠٧ - صحيح مسلم ج ٥ ص ١١٤ .

والترجمة الثانية عبر عنها بقوله « باب كراهية الشفاعة في الحد اذا وقع الى السلطان » ولم يذكر تحت هذين البابين الا هذا الحديث برواياته (١) .

٤٨٧ - الملاحظة الثالثة : حول عبارة هذا الرأى التى تقول : « ولم يرد عنه صلى الله عليه وسلم تقييد القطع بما اذا كان السارق في حال يسر ومنعه اذا كان في حال احتياج فمن أين أتى عمر بهذا التقييد ؟

وجوابنا على هذا أنه ثبت بنصوص قطعية أن المضطر لا يقطع ، فالسارق الذى في حال احتياج في شديد لا يقطع لأنه مضطر والله تعالى يقول : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم » ويقول تعالى : « وقد فصل لكل ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » .

بل ان جمهور الفقهاء على أن الفعل في مثل هذه الحالات يكون واجبا على المضطر - كما سبق البيان - لقوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » .

هذا عن نصوص القرآن الكريم . وأما السنة المطهرة فقد ثبت فيها أن السارق في حال الاحتياج لا يقطع . فقد أخرج ابن ماجه عن عباد بن شريحيل أن رجلا من بنى غير قال : أصابنا عام مخمصة ، فأثيت المدينة - فأثيت حائطا من حيطانها وأخذت سنبلا ففركته وأكلته وجعلته في كسائي ، فجاء صاحب الحائط ، فضربنى وأخذ ثوبى ، فأثيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأخبرته فقال للرجل : « ما أطعمته اذ كان جائعا أو سائعا ، ولا علمته اذ كان جاهلا ؟ فأمره النبى صلى الله عليه وسلم فرد اليه ثوبه وأمر له بوسق من طعام أو نصف وسق » (٢) .

ولقد سبق لى أن أوردت عبارة القرطبى حيث قال مغلقا على هذا الحديث « انه حديث صحيح اتفق على رجاله البخارى ومسلم وهو ينفى القطع والأدب في المخمصة » (٣) .

(١) صحيح البخارى ج ٤ ص ١٠٦ .

وكذلك فعل الامام مسلم حيث ترجم لهذا الحديث برواياته المختلفة فقال : « باب قطع السارق في الشريف وغيره والنهى عن الشفاعة في الحدود صحيح مسلم ج ٥ ص ١١٤ .

(٢) سبق لنا ذكر هذا الحديث في القسم الاول .

(٣) احكام القرآن ج ٢ ص ٢٢٦ .

أفلا تكفى كل هذه النصوص لتكون سنداً لأمير المؤمنين عمر بن الخطاب في تقييد آية السرقة التي قيدت من وجوه كثيرة في أكثر من مرة؟

٤٨٨ - الملاحظة الرابعة : أن هذا الرأي يقرر : « أن عمر لم يكلف نفسه البحث عن حالة السارق ، وهل كان في حالة احتياج وفاقة أو كان في حلة يسر من أمره » .

ونحن نشك كثيرا في تقرير هذا الحكم خصوصا عندما يكون حكما على عمر بن الخطاب رضى الله عنه . فضلا عن أنه نسب أمرا لم يقيم عليه دليلا وكل دعوى لم يقيم عليها دليلا لا يمكن أبدا قبولها .

ومع ذلك فكيف نصدق أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - الذى أقام الحد على ولده من صلبه - لا يقيم الحد على السارق غير المحتاج اذا ثبتت سرقة وعدم احتياجه .

٤٨٩ - نعم ان عمر رضى الله عنه أوقف عموما - تنفيذ حد السرقة في عام المجاعة ولكن هذا لا يعنى أنه لم يكن يثبت من حالة السارق . ولم لا يكون العكس ؟ وهو أن عمر لما ثبت أمامه أن كل وقائع السرقة التى عرضت عليه لم تكن الا نتيجة لشدة الاحتياج . وتملية الفاقة ، لما ثبت لديه ذلك - أعلن وقف تنفيذ حد السرقة بصفة عامة .

وذلك منه لمراعاة امرين :

الامر الاول : الحالة العامة لدى الناس .

الامر الثانى : أن يراعى الولاة في كل الأمصار . حالة المجاعة التى سادت بين الناس فلا يتشددون في تعقب الناس والتضييق عليهم من كل جانب .

٤٩٠ - ومن كل ما تقدم يتبين لنا أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لم يصدر عنه الا كل فعل موافق للكتاب والسنة موافقة تامة .

فما كان منه من عدم قطع السارق في الظروف العادية لم يكن الا تطبيقا دقيقا لنظرية الضرورة التى بناها القرآن الكريم أتم بناء وأحكمه وجاءت السنة مؤيدة لها بالحق وأحسن تفسيرا .

وأیضا ما فعله فی عام المجاعة لیس الا تطبیقا لهذه النظرية العامة اذا ما اعتبرنا عدم القطع من زاوية الأفراد تؤیدنا فی ذلك قصة الرجل الغیری التي رواها عباد بن شرحبیل •

أما اذا ما نظرنا الى وقف تنفيذ حد القطع عام المجاعة من الوجهة العامة فانتا نرى أن فعل عمر هذا مؤید بقوله صلى الله علیه وسلم : « أدرءوا الحدود بالشبهات » • حیث رأى أن بلاء الجوع الذی ساد وانتشر هو من أكبر الشبهات التي یجب لأجلها أن یدرأ حد السرقة •

فعمر بن الخطاب رضی الله عنه لم یخرج فی کل هذا عن حدود کتاب الله عز وجل وسنة رسول الله صلى الله علیه وسلم • وان كان له رضی الله عنه مواقف اجتهد مشهورة حیث لا نص من کتاب أو سنة ویکفیه فضلا أن القرآن الکریم وافق رأیه فی کثیر من المواقف •

الفصل الثاني

الاضطرار الى المال غير المحرز والحاجة اليه

٤٩١ - المال غير المحرز هو الذي ليس له مكان مخصوص يحفظ فيه عادة ، كالمنقول الملقى على الأرض ، أو كالزراع في أرض غير محوزة أو كالحديقة التي لا سور لها ، أو لها سور لا يكفي لحمايتها .

فاذا كان المال هكذا فقد أجمع الفقهاء على أن للمضطر أن يأخذ من هذا المال ما يدفع به ضرورته من غير زيادة قان تجاوز هذا القدر كان مؤاخذاً .

ولست في حاجة الى التدليل على هذا الاجماع اذ هو - في هذه المسألة من الأمور البديهية لأن اجماعهم على الأخذ من المال المحرز ، يجعل اجماعهم على اباحة المال غير المحرز من باب القياس الجلي الذي يدرك بالبدهاة .

٤٩٢ - أما ذو الحاجة فقد اختلف الفقهاء في مدى ما يباح له من المال غير المحرز ويرجع هذا الخلاف الى أن المحتاج غير المضطر فالمحتاج لم تبلغ به حاجته الى درجة خطيرة من الهلاك أو التلف (١) .

ومن وجه آخر فإن المال غير المحرز يشبه المال المباح اذ أن تركه من غير حفظ أو عناية يدل على عدم اعتناء صاحبه به فكان شبيهاً بالمال المباح من ذلك الوجه .

فالفقهاء الذين نظروا الى أن المحتاج غير المضطر وأن حالة الاحتياج أقل خطراً من حالة الضرورة قالوا بعدم اباحة المال المحرز للمحتاج .

والفقهاء الذين نظروا الى أن المال المحرز يشبه المال المباح قالوا ان الحاجة تبرر لمن قامت به أن يأخذ من هذا المال ما يدفع به حاجته .

(١) على أن المحتاج قد تصل به حالة الاحتياج شيئاً فشيئاً الى حالة الضرورة .

٤٩٣ — والأصل في ذلك ما روى عن رافع بن عمر (١) قال : « كنت أرمى نخل النصرارى فأخذوني ، فذهبوا بى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « يا رافع لم ترم نخلهم ؟ » قلت : يا رسول الله : الجوع قال : « لا ترم ، وكل مما وقع ، أشبعك الله ورواك » (٢) .

وما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الثمر المعلق فقال صلى الله عليه وسلم :

« ما أصاب منه ذو حاجة غير متخذ خبئه فلا شئ عليه ، وما أخرج منه شيئا فعليه غرامة مثيله والعقوبة . ومن خرج بشئ منه بعد أن يؤديه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع » (٣) .

٩٤٤ — ويؤخذ من هذا الحديث وغيره من الأحاديث (٤) الكثيرة

الواردة في هذا الموضوع الأحكام الآتية :

أولا : اذا أخذ المحتاج بفيه (٥) ما يسد فاقتة ويذهب جوعه فلا شئ عليه . بل انه أخذ شيئا مباحا (٦) .

ثانيا — يحرم عليه أن يخرج بشئ من هذا الثمر لانه مال الغير ، ولا يباح منه شئ الا للمحتاج وبقدر حاجته الفردية . فان خرج بشئ منه ، وجبت التفرقة بين حالتين : —

(١) أخرجه الترمذى وقال حسن صحيح .

(٢) سبل السلام ج ٤ ص ٢٥ .

والمراد بالثمر المعلق : ما كان معلقا في النخل قيل أن يجذ أو يقطع والجرين هو موضع الثمر الذى يجفف فيه وهو ما يسمى في اللغة العادية بالجرن . والخبن بضم الخاء وسكون الباء هو معطف الازار وطرف الثوب . والمجن بكسر الميم وفتح الجيم : الترس وهو على ما يبدو ترس يتخذ لغطاء الرأس ووقاية الوجه . وكان ثمنه حينذاك ربع دينار (سبل السلام ج ٤ ص ٢٥ . نيل الاوطار ج ٧ ص ٢٩٧ . المصباح المنير باب الجيم مع النون وما يثلثهما . ولسان العرب الجيم مع النون) .

(٣) سبل السلام ج ٤ ص ٢٣ - ٢٦ . ونيل الاوطار ج ٧ ص ٣٠٠ - ٣٠٢ .

(٤) بفيه أى بفيه والمراد أن يأكل بفيه ما يحتاج وهو في البستان دون أن يخرج معه بشئ .

(٥) سبل السلام ج ٤ ص ٢٥ .

الأولى : حالة ما اذا كان هذا الثمر لا يزال معلقا على أصله فهنا يكون على الآخذ غرامة مثلية أى ضعف ما أخذ ثم العقوبة أى العقوبة التعزيرية التى يراها القاضى مناسبة .. والحالة الثانية : ما اذا كان الآخذ بعد جز هذا الثمر - أى قطعه من أصله ووضعه فى الجرين - وهو المكان المخصص لتجفيفه - فان هذا الآخذ يكون جريمة السرقة اذا توافرت شروطها وأهم هذه الشروط هنا أن يبلغ الشئ المأخوذ نصاب السرقة . وهذا هو المقصود من قوله صلى الله عليه وسلم : « ومن خرج بشئ منه بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع » (١) .

(١) ومن الاحاديث التى ساقها الشوكانى فى نيل الاوطار ج ٧ ص ٣٠٠ ما روى عن رافع بن خديج قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا قطع فى ثمر ولاكثر (رواه الخمسة وبعد أن سرد الشوكانى بعض الاحاديث الأخرى قال : وقد استدل بحديث رافع على أنه لا قطع على من سرق الثمر والكثير - وهو جمار النخلة الذى فى جوفها - سواء كافا باقيين فى منبتهما أو اخذا منه وجعلوا فى غيره . والى ذلك ذهب أبو حنيفة وقال : لا قطع فى الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب ونحوهما واستدل على ذلك أيضا بأن هذه الأمور غير مرغوب فيها ولا يشج بها مالهما فلا حاجة الى الزجر والحرز فيها ناقص : وذهب الهادوية الى أنه لا قطع فى الثمر والكثير والطبايح والشواء والهرايس اذا لم تحرز وأما اذا أحرزت وجب فيها القطع وهو محكى عن الجمهور . وذهب النورى الى أن الشئ ان كان يبقى يوما فقط كالهرايس والشواء لم يقطع سارقه والا قطع . وقال الشافعى : ان حديث رافع خرج على ما كان عليه عادة أهل المدينة من عدم احرار حوائطها فذلك لعدم الحرز فاذا أحرزت الحوائط كانت كفرها . وحكى صاحب البحر عن الأكثر ان شرط القطع الحرز ، وعن أحمد وأسحق وزفر والخوارج وهو مروي عن الظاهرية وطائفة من أهل الحديث أنه لا يشترط . ومما يستدل على عدم القطع فى الثمر اذا كان غير مخرز حديث عمرو بن شعيب المذكور فى الباب والذى جاء فيه : « ان من أصاب من الثمر المعلق بفيه ولم يتخذ خبئه فلا قطع عليه ولا ضمان ان كان من ذوى الحاجة وان خرج بشئ منه كان عليه غرامة مثليه .. الحديث فهذا يدل على أن الثمر اذا أحرز قطع سارقه (ج ٧ ص ٣٠٢) .

الفصل الثالث

الاضطرار الى اتلاف الاموال

٤٩٥ - سبق أن أشرنا الى صور كثيرة للاضطرار الى اتلاف الأموال وذلك في مواطن كثيرة من دراستنا السابقة .

من ذلك اضطرار قائد السيارة الى اتلاف بعض الأموال تفاديا لاصابة انسان . والاضطرار الى كسر باب لانتقاذ شخص من خطر الحريق أو غيره من الاخطار الأخرى . الى غير ذلك من الأمثلة الفردية الكثيرة التى أشرنا اليها .

٤٩٦ - ولكن الفقهاء ذكروا تطبيقا للاضطرار الى اتلاف الأموال انقاذاً لمجموعة من الأنفس يترتب عليه بعض الآثار الهامة . هذا التطبيق هو حالة ركاب السفينة الذين أطاحت بهم الأخطار من كل جانب ، حيث يجدون أنفسهم مضطرين الى القاء بعض حمولة السفينة ، أو كلها لانتقاذ أنفسهم ، ولانتقاذ السفينة نفسها وبقية الحمولة ؛ متى أمكن ذلك .

وأهم الأحكام التى يثيرها هذا التطبيق مسألتان :

الأولى : حكم طرح هذه الأموال .

الثانية : ما يترتب على ذلك من مسئولية .

تتناول ذلك فى بحثين على النحو التالى :

المبحث الأول :

حكم طرح الأموال من سفينة مهددة بالغرق .

المبحث الثانى :

المسئولية عن طرح الأموال من السفينة .

المبحث الأول

في

حكم طرح الأموال من سفينة مهددة بالغرق

٤٩٧ - يبدو أن هذا الموضوع لا يحتاج الى كبير عناء نظرا لأن الفقهاء يكادون يجمعون على حكم طرح امتعة السفينة كلها أو بعضها لنجاة ركبها أو لنجاتهم وانقاذ السفينة ذاتها وبعض حصولها أن أمكن ذلك .

والحكم المجمع عليه في هذه الحالة هو أن ذلك جائز شرعا بمعنى أن الضرورة هنا سبب من أسباب الإباحة على حد التعبير القانوني . لكن من ناحية الحكم الشرعي ، يقول العلماء أن الجواز معناه الاذن الصادق بالوجوب كما سبق لنا بيان ذلك عند كلامنا عن آثار النظرية العامة للضرورة .

ومن هنا نجد كثيرا من الفقهاء يقول بوجوب القاء هذه الامتعة ، نظرا للضرورة الملحة التي توجب شرعا انقاذ الأتقى ، ولو باتلاف الأموال أيا كانت قيمتها .

٤٩٨ - ويبدو أن فقهاء المذهب الحنفي يقتضون على الجواز - أى مجرد الإباحة - في مثل هذه الحالة . ولا يقولون بالوجوب نظرا لتعلق حق الغير بهذه الأموال . وذلك على النحو الذى بيناه تفصيلا في الباب الرابع من القسم الأول .

وبخصوص هذه الحالة يقول العلامة ابن نجيم رحمه الله : « اذا خيف الغرق واتفقوا على القاء بعض الامتعة .. » (١) .

ساق ابن نجيم هذه العبارة في كتاب الاشباه والنظائر لبيان كيفية توزيع المسؤولية عن اتلاف هذه الاموال . وقد صدر العبارة بهذه الجملة التي ربط فيها القاء الامتعة باتفاق الركاب . ومعنى ذلك أن الالتقاء يتوقف على الاتفاق . وهذا يفيد الاختصار على مجرد الإباحة لانه لو كان الالتقاء واجبا لما صح ربطه باتفاق الأفراد .

٤٩٩ - وقد عبر العلامة القرافي رحمه الله - وهو من علماء المالكية - عن ذلك بالوجوب حيث قال : « وهذا الطرح عند الحاجة واجب • ولا بحرئ فيه القولان اللذان للعلماء في دفع الداخل عليك البيت لطلب النفس والمال ، ومن اضطر الى الميتة (١) أحدهما يجب الدفع والأكل وثنائهما لا يجب لقصة بنى آدم » (١) •

فكأنه رحمه الله يريد أن يقول : ان القاء هذه الامتعة هنا واجب ولا ينبغي الخلاف في ذلك بل ان الخلاف الذي ثار بين علماء الشريعة في الدفاع عن النفس (٢) هل هو واجب أو جائز وكذلك الخلاف في وجوب أكل الميتة عند الاضطرار (٣) - هذا الخلاف بين العلماء - لا ينبغي أن يجرى هنا بل أن هذه المسألة في نظر القرافي محل اجماع من حيث وجوب طرح الامتعة •

••• - ويستفاد من القواعد العامة في الفقه الحنبلي ترجيح القول بوجوب القاء الامتعة لانقاذ الأتفس بناء على أرجح الروايات عندهم القائلة بوجوب انقاذ الأتفس من الهلاك (٤) •

وتكلم صاحب مفتاح الكرامة فيين أن مذهب الامامية في هذه المسألة هو الوجوب أيضا حيث يقول :

« اذا اشرفت السفينة على الغرق جاز القاء بعض امتعتها في البحر • وقد يجب رجاء نجاة بعض الراكين اذا خيف الغرق عليهم • فيجب القاء ما لا روح فيه • وان علت قيمته لنجاة ذئ الروح ولا يجب القاء الحيوان

(١) الفروق ج ٤ ص ١١ طبعة سنة ١٣٠٢ هـ •
الفرق الخامس والمئتان • • واذا كان العلامة الدسوقي رحمه الله قد عبر بالجواز فمراده الصادق بالوجوب كما تقدم حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٧ •

(٢) اختلف علماء الشريعة في حكم الدفاع عن النفس فقال الجمهور ، انه واجب وقال البعض بالجواز وقد ترجحنا قول الجمهور • راجع للمؤلف نظرية الدفاع الشرعى في الفقه الجنائى الاسلامى والقانون الوضعى ص ٧٥ - ٨١ •

(٣) سبق عرض هذا الخلاف وادلة العلماء وترجيحنا لمذهب جمهور الفقهاء القائل بوجوب التناول في مواضع كثيرة مما تقدم وعلي الاخص في الباب الرابع من القسم الاول وطرف من تطبيقات الضرورة في الباب الثانى من القسم الثانى •

(٤) المغنى ج ٨ ص ٥٩١ •

إذا حصل الغرض بغيره • فإذا مست الحاجة الى القاء الحيوان قدمت الدواب لنجاة بنى آدم • ولا فرق بين العبيد والاحرار أى فى وجوب نجاتهم فلا يقوم العبد على الحر ولعلمهم يريدون من بنى آدم ما كان معصوم الدم كالمسلم والذمى والمعاهد ••» (١) •

٥٠١ - وعلى الرغم من أن صاحب شرح النيل وشفاء الغليل - وهو من فقهاء الاباضية - قد أشار الى اتفاق أصحاب الأموال عند الالتقاء • الا أنه عبر بعد ذلك باللزوم عند خوف الهلاك على الأنفس حيث قال : « لكن لزمت أرباب الأموال تنجية الأنفس •• » (٢) •

المبحث الثانى

المسئولية عن الغاء الامتعة من السفينة

٥٠٢ - على الرغم من أن جمهور الفقهاء يقولون بوجوب القاء حمولة السفينة كلها أو بعضها عند خوف تلفها الا أن هذه الحمولة الملقاة مضمونة بطريقة معينة ؛ حيث لا منافاة بين الوجوب والضمان كما سبق أن بينا - وذلك عملاً بالقاعدة الشرعية الثابتة • وهى أن الأموال معصومة الا بحقتها • وهنا لم يفعل المالك شيئاً لكنى يجب عليه وحده تحمل كل الأضرار المادية الناجمة عن حالة الضرورة • غير أن الفقهاء اختلفوا حول كيفية هذا الضمان •

فالمذهب الحنفى يتبع طريقة معينة يتحدد الضمان على أساسها والمذهب المالكى له وجهة نظر تختلف تماماً عما قوره الحنفية •• ولكن مذهب دليله على ما ذهب اليه •

وبين هاتين الوجهتين تتفاوت المذاهب الأخرى قرباً أو بعداً منهما - أو زيادة فى بعض تفصيلات عليهما •

٥٠٣ - يقول العلامة ابن نجيم : « اذا خيف الغرق واتفقوا على القاء بعض الأمتعة منها فالتقوها فالغرم لعدد الرؤوس لأنها لحفظ الأنفس » (٣) •

(١) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٤٤٩ •

(٢) والعبيد أنفس ولائهم لا يلغون كما تلقى الأموال (شرح النيل وشفاء الغليل ج ٥ ص ١٧١) •

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٥ •

تلك هي كيفية الضمان التي تكلم عنها الفقيه الحنفى ابن نجيم .
وهي أن ضمان الأشياء الملقاة في البحر يكون على جميع من كانوا في
السفينة ، حيث تقسم قيمة هذه الأموال على عدد الرعوس . فلو أن
عدد الأنفس الموجود في السفينة خمسين ، وقيمة الأموال المتلفة خمسة
آلاف جنيه فإن كل فرد يحتمل مائة جنيه .

ويعمل الحنفية ذلك بأن القاء هذه الامتعة كان لنجاة الأنفس فكل
نفس استفادت من ذلك تتحمل نصيبها من قيمة الأموال الملقاة .

٥٠٤ - أما المالكية . فقد ذهبوا الى أن الضمان يكون بنسبة
الأموال المحمولة في السفينة حيث نقل القرافي عن مالك : قوله إذا طرح
بعض الحمل للهول شارك أهل المطروح من لم يطرح - لهم شيء في
متاعهم . وكان ما طرح وسلم لجميعهم في نمائه ونقصه بثلثه يوم الشراء .
ثم نقل القرافي عن بعض المالكية أنه ليس على صاحب المركب ولا على
النوتية ، ولا على من لا متاع له ضمان .. لأن هذه كلها وسائل
والمقصود من ركوب البحر إنما هو مال التجارة » (١) .

وبناء على هذا فإن المالكية يقولون بأن الضمان على جميع ملاك
الامتعة المشحونة . فقد افترضوا أن أصحاب هذه الامتعة كلهم تجار .
وذلك ظاهر من عبارة لأن المقصود من ركوب البحر إنما هو مال التجارة
فكان الدليل الذي استندوا اليه في هذا الحكم افتراض أن السفينة
تجارية وأن حمولتها عروضة للتجارة فاضطر أصحاب الحمولة الى القاء
بعض الامتعة للمحافظة على قيمة الأموال . فكان الحكم أن يتحمل الجميع
ما طرح في البحر ويستفيد الجميع مما سلم ولم يطرح . وبقدر الموجود
بثلثه يوم الشراء وبذلك يحمل كل تاجر نصيبه من النقص بالنسبة
للأشياء المطروحة ويستفيد بما قد يكون هنالك من زيادة في ثمن الامتعة
الباقية فيما لو زاد ثمنها عن يوم الشراء .

ويعمل القرافي تحمل جميع أصحاب الأموال لما طرح منها فيقول :
لأنهم صانوا بالمطروح مالهم . والعدل عدم اختصاص أحدهم
بالمطروح إذ أحدهم ليس بأولى من الآخر وهو سبب لسلامة جميعهم » (٢) .

(١) الفروق ج ٤ ص ٩ - ١٠ .

(٢) المرجع السابق نفس المرجع .

٥٠٥ - وبالنظر في هذين الاتجاهين نستطيع أن نقول انهما يكادان يتفقان لأن كل مذهب اتجه الى ناحية معينة • دون تلك التي اتجه اليها الآخر فابن نجيم الحنفى تكلم عن صورة أصبحت فيها حياة ركاب السفينة مهددة بخطر الموت فالتقوا الأمتعة لنجاة الأنفس •

أما القرافى المالكى فقد تكلم عن الموضوع مفترضا أنها سفينة نقل تجارية فاضطر من فيها الى القاء بعض حمولة السفينة لانقاذ بقية الأموال •

ولاشك أن كلا صواب في تصوره • فلو كانت السفينة لنقل الأشخاص وكانوا معرضين للخطر فان ضمان الأشياء الملقاة يكون على عدد الرؤوس •• أما اذا كانت سفينة شحن تجارية وخفضت الحمولة لانقاذ بقية الشحنة فما قاله المالكية يعتبر حلا مقبولا والله أعلم •

٥٠٦ - وأما عن التفصيلات الأخرى •• فقد أشار ابن قدامة الحنبلى الى أنه لو ألقى متاعه - لتخف الحمولة فليس له حق الرجوع على أحد لأنه يعتبر متبرعا ثم ساق عدة اقتراضات حول هذه الحالة (١) • وقد ذكر صاحب الكرامة تفصيلات كثيرة لفقهاء الامامية في هذا الموضوع (٢) •

وللاباضية كذلك تفصيلات عديدة • والقاعدة عندهم أنهم اذا اتفقوا على طريقة للضمان وجب اتباعها سواء كان الاتفاق على الضمان حسب الأموال أو على عدد الرؤوس • أو أنه على الرأس مقدار مخصوص والباقي على المال • وهكذا حسب الاتفاق (٣) •

(١) المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٥١٥ - ٥١٦ •

(٢) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٤٩ - ٤٥٤ •

وخلاصة هذه التفصيلات ان القاء المتاع يفرض على وجوه خمسة :
الاول : أن يختص بصاحب المتاع • الثانى : أن يختص بالملتص
(طالب النجاة بالالقاء) فيجب الضمان • الثالث : أن يختص بغيرهما فيجب الضمان لأنه غرض صحيح في محل الحاجة الرابع : أن يعم صاحب المتاع وغيره • فيجب الضمان مع احتمال تقسيط المال على مالكه وسائر من فيها (أي السفينة) • الخامس أن يكون في الالقاء تخليص الملتص وغيره ، فيجوز الاحتمال في سقوط حصة المالك • هذا وقيمة الملقى انما تعتبر حين الالقاء لأنه وقت الضمان ويحتمل اعتبارها عند هيجان الأمواج • اذ المال لا قيمة له في تلك الحال •

(٣) شرح النيل وشفاء الغليل ج ٥ ص ١٧١ •

الباب الرابع

في

الضرورة القائمة بالغير

٥٠٧ - كل ما سبق بيانه كان خاصا بحالة الضرورة التي تقوم بنفس الفاعل حيث يضطر الى ارتكاب جريمة معينة لانقاذ نفسه من خطر جسيم حال يكاد يؤدي بحياته لولا ارتكاب ذلك الفعل المحرم .

وهنا في هذا الباب سنتناول - باذن الله تعالى - حالة الضرورة التي قد تقوم بغير الفاعل ، ولهذه الحالة صور عديدة . ويمكن أن نمثل لها بحالة شخص مشرف على الهلاك . وفي امكان شخص آخر أن يقوم بانقاذه كمن يشرف على الغرق في حالة وجود شخص له مران على الانقاذ منه ، أو كمثل المريض الذي يهدده المرض بخطر الموت في الوقت الذي يوجد فيه طبيب جاذق يستطيع علاجه باجراء عملية جراحية أو غير ذلك من طرق العلاج . . .

٥٠٨ - هذه بعض الأمثلة التي يكون الفاعل فيها بصدد حالة من حالات الضرورة القائمة بالغير .

والذي نريد بيانه هنا هو حكم التدخل من أجل اغائة هذا المضطر وكذلك حكم الامتناع عن هذه الاغاثة من شخص قادر عليها . وذلك في كل من الشريعة والقانون .

وعلى هذا ، فانتا سنقسم الدراسة في هذا الباب الى الفصلين الآتيين:

الفصل الأول : حالة الضرورة القائمة بالغير في الشريعة الاسلامية .

الفصل الثاني : حالة الضرورة القائمة بالغير في القانون الوضعي . . .

الفصل الثالث : بين الشريعة والقانون .

(م ٢٤ - نظرية الضرورة في الفقه الجنائي)

الفصل الأول

في

حالة الضرورة القائمة بالغير في الشريعة الإسلامية

٥٠٩ - من المقرر أن الشريعة الغراء تتفق في أحكامها مع قانون الأخلاق فهي تجعل العقاب على ما يخالف هذا القانون والثواب على ما يوافق . فكل ما هو شر في حكم الأخلاق تعاقب عليه الشريعة عقاباً دنيوياً أو عقاباً أخروياً أوهما معا (١) .

ولهذا فانه يمكن القول من ناحية أخرى : « ان الشريعة تتصل بالضيمير الانساني المتدين فان المسلم المتدين يحس أنه في رقابة الله سبحانه وتعالى وانه سيحاسبه على ما يفعل » (٢) . وانه سيعاقبه على فعل الشر وعلى الامتناع عن فعل الخير والبر متى كان قادراً عليه .

وان البر كل البر في تخليص ذوى العثرات من عثراتهم ، واغاثة البائسين والملهوفين . وأى اثم أكبر من ترك انسان يموت جوعاً أو عطشاً ، وأى عدوان أعظم من الامتناع عن تقديم جرعة من ماء أو لقمة من غذاء أو شيء من دواء لانقاذ نفس كرمها الله متى كان ذلك في الامكان .

٥١٠ - ومن أجل ذلك فقد وردت نصوص كثيرة تقرر أحكاماً خاصة بضرورة انقاذ الغير من المهلك التى قد يتعرض لها ذلك الغير ما دام في الامكان انقاذه .

فقد أفاد القرآن الكريم هذا المعنى في غير آية . كما قررت السنة المطهرة كثيراً من الأحكام التى يستفاد منها اغاثة الملهوف واحياء الأنفس وانقاذها من الهلاك والابتعاد عن مواطن الردى بها .

وفي مبحث أول نستعرض النصوص الواردة في التدخل لانقاذ المضطر وحكمه شرعاً .

(١) فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة - ص ١١ .

(٢) المرجع السابق - نفس الموضع .

ثم تكلم في المبحث الثاني عن حكم الامتناع عن الاغاثة ••

المبحث الأول

ادلة التدخل وحكمه

٥١١ - الأدلة من القرآن الكريم :

١ - قول الله تعالى : « ومن أحيأها فكأنما أحيأ الناس جميعا » (١) ••

والمعنى المراد - والله أعلم - كما يفيد ذلك سياق الآية : أن من قتل نفسا فكأنما قتل الناس جميعا ، ومن أحيأ نفسا فكأنما أحيأ الناس جميعا والمراد من الأحياء • ليس هو الأحياء على حقيقته ، لأن ذلك إنما هو لله عز وجل وإنما المراد من الأحياء هو الانتقاذ من الهلكة (٢) • وهذا وإن كان من شرع من قبلنا حيث يقول الله تعالى في صائر هذه الآية :

« من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحيأها فكأنما أحيأ الناس جميعا » ••

الا أنه ما دام منصوصا عليه في شرعنا فانه شرع لنا لا سيما وأن روح التشريع الاسلامى تؤيد ذلك الحكم المستفاد منها وهو انتقاذ النفس واستخلاصها من التهلكة •

٢ - قوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى » (٣) •

ومقتضى ذلك التعاون : هو اعانة صاحب الحاجة ، واغاثة صاحب الضرورة من الخطر الذى يحيق به • وكيف يتحقق التعاون مع ترك الناس يترددون في مواطن الهلاك والردى مع امكان استنقاذهم وتنجيتهم من الهلاك ؟ ••

(١) سورة المائدة الآية رقم « ٣٢ » •

(٢) وفي هذا يقول القرطبى رحمه الله : في قوله تعالى « ومن أحيأها » تجوز فانه عبارة عن الترك والانتقاذ من هلكته - والا فالأحياء حقيقة الذى هو الاختراع إنما هو لله تعالى « ج ١ ص ١٤٧ •

(٣) سورة المائدة الآية رقم « ٢ » •

٥١٢ - نصوص السنة المطهرة :

١ - ما روى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : « من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه » (١) .

٢ - ما رواه مسلم عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : بينما نحن في سفر مع النبی صلى الله عليه وسلم ، اذ جاء رجل على راحلة له قال فجعل يصرف بصره يمينا وشمالا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ومن كان معه فضل زاد فليعد به على من لا زاد له » قال : فذكر من أصناف المال ما ذكر حتى رأينا أنه لاحق لأحد منا في فضل » (٢) .

٣ - ما رواه مسلم عن اياس بن سلمه (٣) عن أبيه قال : خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فأصابنا جهد حتى هممنا أن ننحصر بعض ظهرنا (٤) فأمر نبي الله صلى الله عليه وسلم فجمعنا مزاولنا فبسطنا له نطعا فاجتمع زاد القوم على النطع قال فتناولت لا حزره كم هو فحزرتة كربيضة العز ونحن أربع عشرة مائة قال فأكلنا حتى شبعنا جميعا ثم حشونا جربنا ٥٠ » (٥) .

(١) سبل السلام ج ٤ ص ١٦٨ من رواية مسلم وغيره عن أبى هريرة ولفظ مسلم « من فرح » .

(٢) صحيح مسلم ج ٥ ص ١٢٨ - ١٢٩ طبعة التحرير .

(٣) اياس بن سلمه : هو اياس بن سلمة بن الأكوع رضى الله عنهما .

(٤) أى بعض ابلنا .

(٥) صحيح مسلم ج ٥ ص ١٢٩ ومعنى الحديث أنهم في سفرهم هذا أصابتهم مجاعة - كما صرحت بذلك رواية أخرى - فجمعوا مزاولهم بامر النبي صلى الله عليه وسلم أى أحضر كل منهم ما عنده من الزاد ووضعوه على « نطع » أى سفرة أو بساط أمام النبي عليه الصلاة والسلام فأكلوا وشبعوا جميعا وكانوا وقتذاك ألفا وأربعمائة نفس ومعنى « فتناولت لا حزره أى أظهرت طولى لأقدريه » بالتخمين ومعنى : « فأحزرتة كربيضة العنز » أى فجاء تخمينى أنه قدر جسم العنز وهى الاثنى من المعز (هامش المرجع السابق نفس الموضوع) .

٤ — ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ما آمن
بى من بات شبعان وجاره الى جانبه طاو » (١) .

٥ — قوله صلى الله عليه وسلم : « أى رجل مات ضياعا بين أغنياء
فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله » (٢) .

والنصوص فى هذا من السنة الشريفة تكثر جدا ويكفى الله دلالة على
مقصودنا ما أوردناه وبالله التوفيق . . .

وجوب التدخل لدفع هذه الضرورة

٥١٣ — لانكاد نجد أحدا من الفقهاء يخالف فى وجوب التدخل
لاتقاذ النفس التى تكاد تشرف على الهلاك ، لأن ذلك من أبسط المبادئ
المقررة فى الفقه الاسلامى بل هو التعاون على البر والتقوى الذى أمر
الله به عباده فى القرآن الكريم .

كما أن الامتناع عن ذلك انما هو الاثم والعدوان المنهى عنه بنص
قوله عز وجل « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم
والعدوان واتقوا الله ان الله شديد العقاب » . . .

فقرض على كل مسلم قادر أن يخلص المضطر من الخطر الذى
يحدق به ، فان لم يفعل كان آثما لعصيانه أوامر الله تعالى وأوامر
رسوله صلى الله عليه وسلم .

وقد فهم الصحابة رضوان عليهم من هذه الأوامر وجوب اغائة
الملهوفين واطعام الجائعين . فان هلكوا فانما ذلك يمنع الأغنياء القادرين .

٥١٤ — فقد روى عن الامام على بن أبى طالب كرم الله وجهه أنه
قال : « ان الله تعالى فرض على الأغنياء فى أموالهم بقدر ما يكفى فقراءهم
فان جاعوا أو جهدو فبمنع الأغنياء وحق على الله تعالى أن يحاسبهم
يوم القيامة ويعذبهم » (٣) .

(١) الحديث بهذا اللفظ فى الاختيار شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩
وطاو بمعنى جائع .

(٢) الاختيار ج ٣ ص ١٢٩ .

(٣) المحلى ج ٦ ص ١٥٨ .

وقد روى أيضا - عن أبي عبيدة بن الجراح وثلاثمائة من الصحابة رضى الله عنهم أن زادهم فنى ، فأمرهم أبو عبيدة ، فجمعوا أزوادهم فى مزدوين ، وجعل يقوتهم اياها على السواء ، فهذا اجماع مقطوع به من الصحابة رضى الله عنهم (١) . فاذا جاع انسان أن عطش أو مرض بحيث أشرف على الهلاك وجب على من يعلم بحاله أن ينقذه . فان كان عنده طعام زائد أو شراب أو دواء ، أو حتى مال يشتري به ما يدفع الهلاك عن ذلك الانسان وجب أن يفعل ذلك . فان امتنع كان آثما وجاز للمضطر أن يأخذه منه عنوة ويقاتله عليه كما سبق أن بينا ذلك بالتفصيل .

المبحث الثانى

فى

الامتناع عن الاغائة

٥١٥ - تعريف : الامتناع عن الاغائة : هى فى نظرنا - احجام شخص عن عمل يترتب عليه انقاذ نفس من الهلاك أو حفظ مال من التلف وقد يتبادر الى الذهن أن كلمة « اغائة » تستلزم صدور استغاثة من المضطر حتى يمكن أن يتحقق معنى الامتناع عنها ، والواقع أن الاستغاثة من الملهوف ليست من مستلزمات الاغائة فهى قد توجد معها أو بدونها (٢) .

٥١٦ - الامتناع عن الاغائة محرم شرعا :

سبق القول أن الشريعة الاسلامية توجب التدخل فى حالة : الضرورة القائمة بالغير . وهذا التدخل انما هو لاغائة من قامت به تلك الحالة حتى يمكن استنقاذه من الهلاك .

واذا قلنا بالوجوب فمعنى ذلك أن الممتنع عن أداء هذا الواجب يعتبر آثما شرعا ، فمن يمتنع عن انقاذ غيره من الهلاك يرتكب أمرا حرمه

الله تعالى . يستوجب - بلا ريب - العقاب عنه فى الآخرة .

(١) المرجع السابق نفس الموضع .

(٢) فقد جاء فى المصباح المنير : « اغائة اذا اغائه ونصره فهو مغيث .. واغائهم الله برحمته كشف شدتهم واغائنا المطر من ذلك فهو أيضا مغيث .. واغائنا الله بالمطر » (باب الغين مع الياء) .

ولكن هل توقع على الممتنع عقوبة دنيوية ، يحكم بها القاضى أو
ولى الأمر ، ؟ • وبعبارة أخرى هل الامتناع عن الاغاثة يعد جريمة من
الجرائم ؟ واذا قلنا بذلك - فمن أى الجرائم هى ؟ وما هى العقوبة التى
يمكن توقيعها على الممتنع ؟ •

صورة يجب استبعادها :

٥١٧ - وقبل الاجابة على هذه الأسئلة - نرى لزاما علينا أن نلفت
الأنظار الى بعض صور معينة - ذكرها الفقهاء للتنبيه على أنها لا تدخل
فى نطاق بحثنا •

فقد نصوا على أن من يجبس شخصا عن الطعام والشراب حتى
يموت فإن الحابس يعد قاتلا له • وقد اعتبر البعض هذه الصورة قتلا
بالامتناع والواقع أن هذه الصورة ليست قتلا بالامتناع - على المعنى
المراد لنا - انما الفاعل هنا - على الحقيقة - قام بعمل ايجابى هو
الحبس مع المنع من الطعام والشراب ، وكان من نتيجة ذلك الجوع
والعطش الشديد مما ترتب عليه وفاة المحبوس فهنا قام الجانى بعمل
ايجابى أدى الى النتيجة الضارة التى هى ازهاق الروح •

كما أنه ليس مما نحن فيه الامتناع عن فعل واجب لا يترتب عليه
ضرر جسيم حال ترك الصلاة وترك الزكاة ونحو ذلك ••

أما الامتناع عن الأفعال الواجبة والتى يترتب عليها ضرر جسيم
حال مثل امتناع الأم عن ارضاع طفلها أو امتناع القابلة عن ربط الحبل
السرى للمولود فان هذا قتل بالامتناع - من غير شك - ولكنه لا يدخل
فى نطاق بحثنا لأن هذا النوع من الامتناع لم يخالف أحد من الفقهاء فى
اعتباره جريمة ••

لكن موضوع بحثنا - كما سبق البيان - هو حالة الضرورة التى تقوم
بشخص وليس فى قدرته التخلص من الخطر المحدق به وفى امكان شخص
آخر أن ينقذه فلم يفعل فترتب على ذلك موت المضطر • فما حكم
الممتنع فى مثل هذه الصورة •• ؟ •

آراء العلماء في هذا الموضوع

٥١٨ — اختلف الفقهاء في حكم الامتناع عن اغاثة الملهوف أو انقاذ المضطر من خطر الهلاك الذي حاق به • وإن كان الكل مجتمعا على أن الممتنع آثم بامتناعه ولكن منهم من يرى أن هذا الامتناع يكون جريمة من جرائم القصاص والدية ومنهم يعتبره جريمة من الجرائم التعزيرية • وبهذا يظهر لنا اجماعهم على أن الامتناع جريمة إلا أن محل الخلاف يدور حول نوع هذه الجريمة •

ويمكننا أن نرد آراء الفقهاء في هذه المسألة الى المذاهب الثلاثة الآتية :

المذهب الأول :

٥١٩ — مذهب المالكية والحنابلة والظاهرية والاباضية وهو مذهب عمر بن الخطاب رضى الله عنه ••

وخلاصة هذا المذهب أن الامتناع عن اغاثة المضطر اذا أدى الى حدوث النتيجة الضارة فانه يكون الجريمة التي تتناسب مع النتيجة التي حدثت • بمعنى أنه لو أدى الامتناع الى قتل النفس كانت الجريمة قتلا ، واذا أدى الى قطع أو جرح كانت الجريمة كذلك ، وتكون عقوبة الامتناع في هذه الحالة هي عين العقوبة المقدرة للجريمة الأصلية فيما لو ارتكبت بعمل ايجابى مع مراعاة توافر القصد الجنائى أو عدم توافره ••

وعلى ذلك يمكن القول بأن هذا المذهب يقدر أن الامتناع عن الاغاثة يعتبر جريمة من جرائم القصاص والدية متى حدثت نتيجة الضارة •

٥٢٠ — هذا هو مذهب الجمهور في جملته • إلا أنه في نطاق هذا المذهب قام الاختلاف بين القائلين بأن الترك أو الامتناع جريمة من جرائم القصاص أو الدية — فمنهم من يرى أن الامتناع المجرد هو جريمة في ذاته أى بغض النظر عن وجود طلب من المضطر أو عدم وجوده فمن امتنع عن انقاذ من هو فى حاجة الى الانقاذ فقد ارتكب — بمجرد امتناعه — تلك الجريمة • ومنهم من اشترط الطلب من المضطر •

فذهب المالكية والظاهرية الى أن الامتناع عن الاغائة يكون في ذاته جريمة كاملة فان أدى الى الموت وجب القصاص ان ثبت القصد الجنائي فان انتفيت نية العمد وجبت على الممتنع عقوبة قتل الخطأ •

فمن رأى سبعا يفترس انسانا وفي امكان من رآه أن يستنقذه فامتنع عن ذلك فان قصد بالامتناع قتله كان قاتلا عمدا وعليه ما على القاتل العمد من عقوبة واذا لم يقصد قتله فعليه عقوبة قتل الخطأ وهكذا القول في الظمان والجائع والعريان ، فمن قتله العطش أو الجوع أو شدة البرد وفي امكان غيره — وهو يعلم به — أن ينقذه بجرعة ماء أو لقمة خبز أو شيء يقيه شدة البرد ، فامتنع عن اغائته رغم امكانه ولعلمه فعليه ما على القاتل من عقوبة أما القود (وهو القصاص) وأما الدية على اختلاف الأحوال في توافر نية القتل — أى في قيام القصد الجنائي لدى الممتنع أو عدم قيامه •

٥٢٢ — وقد افاض علماء المذهب المالكي في هذا المعنى — حيث تضافت نصوص كتبهم على ذكر التطبيقات المختلفة لهذه الحالة • • فتد جاء في كتاب مواهب الجليل ما نصه :

• • • وكذلك لو أن رجلا رأى سبعا يتناول نفس انسان ولم يخلصه منه حتى هلك ان يضمن دينه • • • وكذلك من أجيف (١) ولم يستطع — الحصول — على خيط وابرة لخيطة جرحه الا من عند رجل فمنعه حتى مات فانه يضمن دينه • • وأمثلة هذا مع التبع تكثر » (٢) •

وقد نص بعض المالكية على تطبيقات أخرى خاصة بذلك المبدأ حيث ذكر صاحب التاج والاكيل لمختصر خليل — تعليقا على ما جاء في المختصر « كذلك تخلص مستهلك من نفس ومال بيده فروعا منها : » « أن يرى انسانا يستهلك نفس انسان أو ماله وهو قادر على خلاصه فلا يفعل حتى يهلك • • وترك مواساة وجبت بخيط لجائفة » « كأن »

(١) أجيف من الجائفة وهي الجرح التي يصل الى الجوف • •
المصباح المنير ج ١ ص ٥٤ •

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٣ ص ٢٤ — ٢٢٥ الطبعة الاولى سنة ١٣٢٨ هـ •

يجرح انسان جرح جائفة أو غيرها فيمسك عنه آخر ما يخط به حتى يهلك .. وفضل طعام أو شراب لمضطر ومنها أن يجب عليه مواساة أحد المسلمين فلا يفعل حتى يهلك (١) . - في كل هذه الأمثلة يقرر المالكية عقوبة قتل الخطأ على الفاعل ما دام لم يثبت توافر القصد الجنائي لديه فان ثبت فعلية القصاص وهذا ما استفدناه مما جاء في التاج والاكلیل ..

ومما صرح به العلامة أحمد الدردير في شرحه الكبير لمختصر خليل حيث يقول ما نصه : « وترك فضل - أى زائد - طعام أو شراب عما يمسك الصحة - لا فضل عن السعادة وهو الشبع - في الأكل لمضطر حتى مات فيضمن دية خطأ ان تأول في المنع والا اقتص منه » (٢) .

وهكذا نرى أن كتب المذهب المالكي تتفق على القول بأن الممتنع عن اغاثة المضطر ضامن للنفس والمال فان قصد بامتناعه قتله اقتص منه والا بأن تأول في منعه بمعنى أنه لم يقصد بامتناعه قتله وظن أن غيره سينقذه فعليه دية الخطأ وهذا عام في كل امتناع عن اغاثة مضطر واستخلاصه مما هو فيه (٣) .

فمجرد علم الطبيب مثلا بخطورة حالة المريض يكفي للقول بمسئوليته جنائيا طبقا للمذهب المالكي ما دام في امكانه علاج المريض ولم يفعل .

٥٢٤ - كما أفاض ابن حزم في تفصيل مذهبه حول رجل استسقى قوما فلم يستوه حتى مات « حيث يقول ما نصه : « القول في هذا عندنا وبالله التوفيق هو أن الذين لم يسقوه ان كانوا يعلمون أنه لا ماء له البتة الا عندهم ولا يمكنه ادراكه أصلا حتى يسوت فهم قتلوه عمدا وعليهم القود - بأن يمنعوا الماء حتى يموقوا كثروا أو قلوا ، ولا يدخل

(١) التاج والاكلیل لمختصر خليل ج ٣ ص ٢٢٥ طبعة سنة ١٣٢٨ هـ .

(٢) شرح الكبير للدردير ج ٢ ص ١٢ ويراجع ايضا حاشية الدسوقي على الشرح المذكور .

(٣) ويراجع ايضا في فقه المذهب المالكي : شرح الزرقاني ج ٣ ص ٢١ - ٢٢ وحاشية البناني على الشرح المذكور بنفس الهامش ونفس الموضع .

في ذلك من يعلم بأمره ولا من لم يمكنه أن يسقيه فان كانوا لا يعلمون ويقدرّون أنه سيدرك الماء فهم قتلة خطأ وعليهم الكفارة وعلى عواقلهم الدية ولا بد . برهان ذلك قول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) وقوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وقوله تعالى : (والحرّات قصاص) . . . ، وبيّنين : يدري كل مسلم في العالم أن من استسقاء مسلم وهو قادر على أن يستقيه فتعمد ألا يسقيه الى أن مات عطشا فانه اعتدى عليه فواجب بنص القرآن أن يعتدى على المعتدى بمثل ما اعتدى به فصح قولنا بيّنين لا اشكال فيه واما اذا لم يعلم بذلك فقد قتله أو منعه ما لا حياة له الا به فهو قاتل خطأ فعليه ما على قاتل الخطأ .

قال أبو محمد وهكذا القول في الجائع والعاري ولا فرق ، وكل ذلك عدوان وليس هذا كمن اتبعه سبع فلم يؤوه حتى أكله السبع ، لأن السبع هو القاتل له ولم يمت من جنايتهم ولا مما تولد من جنايتهم ، ولكن لو تركوه فأخذ السبع ، وهم قادرون على انقاذه فهم قتلة عمد ، اذ لم يمت من شيء الا من فعلهم » (١) .

٥٢٥ - ونفس الحكم السابق يقول به الاباضية على ما جاء في شرح النيل وشفاء الغليل : « ان من سمع قوما يتوعدون بقتل أحد موحد أو بضربه ان يلزمه انذاره واعلامه فان توانى حتى قتلوه أو ضربوه لزمته ديته في ماله وحده دون عاقلته . ويرجع بها على القاتل وان أداها القاتل فلا عليه الا التوبة (٢) . . . وكذا لو لم يرشد الى الطريق من استرشده . سواء في ذلك الاسترشاد في صحراء أو في قرية أو بلد أو الى مكان في القرية أو البلد أو الى مكان في غيرها ، أو لم يطعم مستطعمه . أو لم يسق مستسقيه لزمه ديته وحده ان هلك . وكذلك ان لم يطلبه وقد علم انه على ضلال من الطريق أو جوع أو عطش مهلك وكذلك لزمه الضمان فيما أصابه من ذلك مما هو دون الموت كذهاب عضو ولك أن تشترط على من استطعمك أو استسقاك

(١) المحلى ج ١٠ ص ٥٢٨ - ٥٢٩ طبعة سنة ١٣٥٢ هـ .

(٢) وان كان اخباره سيؤدى الى ان يقوم الا بر فيسبق الى المتوعد فيقتله فانه لا يجوز اخباره مطلقا وأن خبره لزمه الضمان (شرح النيل ج ٢ ص ٦٣٧) .

أن يفرم لك اذا وجد نحو ذلك أو مثله بسعر ذلك المحل (١) وقيل بما اتفق معه .. وفيمن ترك مكفوفا حتى وقع على خفير متعمدا أنه ضامن لديته ويعتق رقبة .. وكذلك من ترك انسانا حتى أشرف على الهلاك ، وهو قادر على تنجيته ولم ينجه فهو ضامن ، ويعتق رقبة ... ولم يفرض ذلك على كل عين بل خوطب به القادرون والمخاطب أولا الحاكم والقائمون بالأمر اذا قدروا وبعدهم كل من علم وقدر ... (٢) ..

وهكذا فان الاباضية يقولون بما يقول به المالكية والظاهرية غير أنهم لا يرون القصاص من المتعمد وانما يقولون بالدية باعتبارها عقوبة عن جريمة عمدية حيث تلزمه الدية في ماله وحده دون العاقلة (٣) .

٥٢٦ - والذي يستفاد من النصوص السابقة أمور ثلاثة :

الأول : أن المالكية والظاهرية والأباضية مسئولية الشخص عن امتناعه عن عمل يستطيع أن يقوم به بشرط أن يعلم بقيام خطر جسيم يهدد شخصا عاجزا عن مقاومته ..

فما دام لديه العلم الكافي بقيام حالة الضرورة لدى شخص معين ، وكان في استطاعته أن ينقذه من الخطر الذي أحاط به ولم يفعل ، فانه يكون مسئولا . ولو لم يطلب المضطر ذلك منه . ومن باب أولى ، لو طلب منه فامتنع عن اغاثته فانه يكون مسئولا بلا جدال .

والذي نريد التنبيه اليه هو أن المسؤولية قائمة حتى في حالة عدم الطلب ما دام لديه العلم الكافي بوجود خطر مهدد للغير ولديه القدرة على انقاذه من هذا الخطر وامتنع عنه .

الثاني : ان الجريمة اذا أمكن اسنادها الى سبب آخر ، ولم يكن ثمة قصد في الترك كأن يساور سبع انسانا فلم يتمكن غيره من ايوائه الا بعد أن افترسه السبع ، بمعنى أن افتراس السبع سبق ما عزم عليه الشخص من الانقاذ ، فان الترك في هذه الحالة لا يكون جريمة ، لأنه من

(١) يقصد بسعر المحل السعر السائد في المكان أو البلد الذي حدث فيه الواقعة .

(٢) شرح النيل وشفاء الغليل ج ٢ ص ٦٣٥ - ٦٣٨ .

(٣) ومعلوم أن العاقلة تتحمل دية الخطأ لكنها لا تتحمل أى شيء في الجريمة العمدية .

جهة لم يتحقق الترك • ومن جهة ثانية : القتل منسوب الى السبع لا الى ذلك الغير ، ومن جهة ثالثة ، لم يتحقق فيه قصد الأذى ولا يمكن أن يعد قاتلاً خطأ ، لأنه لم يباشره ، ولم يقصده ، ولم يكن القتل بتفويت أمر كان في استطاعته وامتنع عنه (١) » •

ثالثاً : انه اذا ما ثبت العدوان — والعدوان هنا يتمثل في الترك أو الامتناع — وما دامت السببية ثابتة فان الجريمة تكون عقوبتها هي عقوبة الجريمة الايجابية ، اذ لا فرق عندهم بين من يقتل بالسيف ومن يقتل بالتجويع كما لا فرق عندهم بين (الالقاء الى سبع أو ترك السبع ينهشه وهو يستطيع انقاذه وقد قصد بالترك ذلك القتل الشنيع فما دام القتل مقصوداً فلا عبرة بطريقته لأن العبرة بالمقاصد لا بالوسائل وبالغايات لا بطرائقها) (٢) •

وأما الاباضية فانهم يقولون بعقوبة العمد البديلة : فعقوبة القتل العمد هي القصاص ، وبديلها الدية في مال الجاني وحده ، وهي التي تسمى الدية المغلظة لأن الجاني يتحملها وحده ولأن بعض الفقهاء ومنهم المالكية يزيدون في قيمتها فضلاً عن تحمل الجاني وحده بها •

فعقوبة الممتنع الذي ينوى به ازهاق الروح هي الدية في مال الجاني وحده عند الاباضية متى تحققت النتيجة الاجرامية لهذا الامتناع •

٥٢٧ — المذهب الثاني : مذهب الحنابلة والامامية وهو يتفق في الجملة مع مذهب المالكية والظاهرية والاباضية في أن الممتنع عن الانقاذ يكون مسؤولاً جنائياً الا أنه يشترط عند الحنابلة والامامية أن يطلب المضطر انقاذه أو استخلاصه فان لم يطلب ذلك فلا مسؤولية على أحد •

وفي تفصيل المذهب الحنبلي يقول ابن قدامة رحمه الله :

« وان اضطر الى طعام أو شراب لغيره فطلبه منه فمنعه اياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب • لما روى عن عمر رضى الله عنه قضى بذلك ، ولأنه اذا اضطر اليه صار أحق به ممن هو في يده وله أخذه قهراً ، فاذا منعه أيام تسبب الى اهلاكه بمنعه ما يستحقه

(١) فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة — المرجع السابق — ص ١٣٢ •

(٢) المرجع السابق — نفس الموضع •

فلزمه ضمانه ، كما لو أخذ طعامه وشرا به فهلك بذلك • وظاهر كلام أحمد أن الدية في ماله لأنه تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالبا ، وقال القاضى تكون على عاقلته لأن هذا لا يوجب القصاص فيكون شبه عمد •

وان لم يطلبه منه يضمنه لانه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل تسبب به الى هلاكه • وكذلك كل من رأى انسانا في مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه وقد أساء - وقال أبو الخطاب قياس : المسألة الأولى وجوب ضمانه لأنه لم ينجه من الهلاك مع امكانه فيضمنه كما لو منعه الطعام والشراب ولنا انه لم يهلكه ولم يكن سببا في هلاكه فلم يضمنه كما لو لم يعلم بحاله وقياس هذا على هذه المسألة الأولى غير صحيح لأنه في المسألة الأولى منعه منعاً كان سبباً في هلاكه فضمنه بفعله الذى به وههنا لم يفعل شيئاً يكون سبباً » (١) •

٥٢٨ - هذا هو مذهب الحنابلة تفصيلاً ومن ذلك النص نستطيع أن نقرر أن المذهب الحنبلى يشترط أن يطلب المضطر من غيره تخليصه وانقاذه • فان طلب المضطر من غيره وكان فى امكانه ذلك الغير أن يفعل وامتنع فان عليه الدية ولو كان الامتناع عن عمد أى قصد منه اهلاك المضطر • فهم لا يوجبون فى الامتناع عن الاغاثة القصاص انما يوجبون الدية فقط غير أن أحمد يوجب أن تكون الدية فى مال الجانى اذ من المقرر شرعاً أن دية الخطأ على العاقلة والجانى واحد منهم أما القتل العمد فعقوبته القصاص الا أنه اذا سقط القصاص لسبب من الأسباب فان •• الدية تكون على الجانى المتعمد فى ماله وحده ولا تتحمل العائلة معه شيئاً •

وهنا يقرر أحمد بن حنبل رضى الله عنه أن الممتنع عن اغاثة المضطر ان كان عمداً ويقصد بامتناعه قتل المضطر فان عليه دية العمد فى ماله وحده ولا تشاركه العائلة فى شئ منها لأن ما حصل منه يقصد به الموت غالبا • ويرى القاضى أنها تكون على عاقلته لأن الامتناع لا يوجب القصاص فيكون شبه عمد •

هذا في الصورة الأولى وهي صورة ما اذا طلب المضطر من غيره اغاثته وأما في الصورة الثانية وهي حالة ما اذا لم يطلب المضطر ذلك •• فان في المذهب الحنبلي رأيان أيضا الأول انه لا شيء على الممتنع ما دام المضطر لم يطلب اغاثته لانه لم يوجد منه فعل تسبب به الى هلاكه • والثاني هو رأى القاضى وهو انه تلزمه الدية قياسا على المسألة الأولى لأنه لم ينجه من الهلاك مع امكانه فكان كمن منعه الطعام والشراب حتى مات فوجب عليه الضمان •

وقد رد ابن قدامة رأى القاضى قائلا ان قياس هذه المسألة على المسألة الأولى غير صحيح لانه في المسألة الأولى منعه منعاً كان سبباً في هلاكه فضمنه بامتناعه الذى هو في معنى الفعل ، أما في هذه المسألة فلم يصدر منه ما يكفى سبباً في هلاكه ••

٥٢٩ - وعندنا أن هذا الكلام من ابن قدامة غير مقبول لأن المسألة الأولى هو عن الامتناع في المسألة الثانية • اذا ما هو الفارق بين الامتناع عن بذل طعام أو شراب أدى الى الموت • وبين امتناع عن انقاذ من حرق أو غرق أدى الى الموت • فنتيجة الامتناع في كل مرة واحدة •

ومن ناحية أخرى فان المضطر قد لا يكون قادراً على الطلب لاسيما في مثل هذه الظروف الحرجة فكيف تتوقف على أمر ليس في الامكان ؟

٥٣٠ - واما مذهب الامامية فيتلخص في العبارة التالية التى ساقها صاحب مفتاح الكرامة رحمه الله حيث يقول : « كما لو لم يطلب الطعام المضطر حتى هلك اذا لم يطلب المضطر منه •• نعم لو اضطر الى طعام غيره أو شرابه فطلبه منه ، فمنعه مع غناؤه في تلك الحال فمات ضمن المطلوب منه ، لانه باضطراره اليه صار احق من المالك •• وقد يقال أن الطلب نوعان : طالب بلسان حاله وآخر طالب بمقاله • وقد قالوا في الزكاة والخمس أن الفقراء طالبون بلسان الحال » (١) •

تلك هي العبارة التى أمكننا الاطلاع عليها في مذهب الامامية بخصوص الاضطرار الى الطعام وهي تفيد اقتراب مذهب الامامية من

مذهب الحنابلة فيما يتعلق الضمان بالطلب الصادر من المضطر ، فان لم يطلب فلا ضمان ومن الملاحظ أن كلمة الضمان جاءت عامة من غير تفصيل .

ومن ناحية أخرى فان التعقيب أو التساؤل الوارد في نهاية العبارة يكاد يقلل من أهمية شرط الطلب باللسان والاكتفاء بظروف المضطر ومدى ظهورها أمام القادر على الانقاذ . فطالما أن حال المضطر يفيد انه في حاجة ملحة الى الانقاذ من الهلاك فان هذه الحالة بذاتها تغني عن الطلب .

خلاصة المذاهب المتقدمة :

٥٣١ - هذا هو مذهب الحنابلة والامامية وقد سبق تفصيل مذهب المالكية والظاهرية والاباضية .

ولو دققنا النظر في تلك المذاهب لوجدنا أن المذهبين المالكي والظاهري يتفقان تماما ، ولا يفترق عنهما مذهب الاباضية الا في القول بجوب دية العمد في حالة توافر القصد الجنائي .

وان مذهب الحنابلة والامامية يتفقان مع المذاهب الثلاثة السابقة في وجوب المسؤولية ولكنهم يشترطون لذلك شرطا وهو طلب الاغاثة من المضطر أى أن المضطر يطلب الاغاثة من القادر عليها .

ومن ناحية أخرى فان مذهب الاباضية يتفق مع احدى الروايات عن أحمد في وجوب دية العمد وهي الدية في مال الجاني عندما يقصد الممتنع من موقفه اهلاك المضطر .

٥٣٢ - بقى علينا أن القول بمسئولية الممتنع عن الانقاذ واعتباره مرتكباً لجريمة من جرائم القصاص والدية هو مذهب عمر بن الخطاب رضى الله عنه .

فقد روى ابن حزم من طريق ابى بكر بن شيبه عن حفص بن غياث عن الحسن « ان رجلا استسقى على باب قوم فأبوا أن يسقوه فأدركه العطش فمات فضمنهم عمر بن الخطاب ديته » (١) .

المذهب الثالث : مذهب الحنفية والشافعية :

٥٣٣ - يقرر فقهاء المذهبين الحنفى والشافعى أن اغاثة المضطر واجبة شرعا كما سبق البيان . ويقررون كذلك أن الامتناع عن اغاثة معصية لله تعالى ، لأنها اخلال بواجب شرعى . ولكنهم مع ذلك يرون أنه لو ترتب على ترك المضطر هلاكه أو الحاق ضرر شديد به فإن الممتنع لا يضمن . وبصفة خاصة في حالة موت المضطر لا يعتبر الممتنع عن انقاذه قاتلا ، وليس عليه عقوبة القتل لا عمدا ولا خطأ .

٥٣٤ - وبيان ذلك أن الحنفية لا يعتبرون الجريمة بالترك كالجريمة بالفعل بحيث تكون لها عقوبتها . فمن ترك شخصا حتى مات جوعا ، وهو يعلم انه لازاد معه ولا يمكنه الحصول على زاد - اذ هما في بادية منقطعة - فانه لا يعاقب عقوبة القتل . فلا يقتص منه ولا يدفع دية . وكذلك من رأى شخصا يفرق ، وهو يستطيع انقاذه فلم ينقذه فلا يعد تركه جريمة قتل ، يعاقب فيها عقوبة القاتل عمدا أو خطأ .

ومن ترك شخصا حتى مات عطشا لا يعد قاتلا ، وان كان يعلم انه سيموت لا محالة ان لم يسقه هو الماء (١) .

(١) أبو زهرة المرجع السابق - ص ١٣٤ وما بعدها .

وهذا يختلف تماما عن الحالة التي هي محل خلاف بين الامام وصاحبيه على ما قرر الكاسانى حيث يقول : « ولو طين على أحد بيتا حتى مات جوعا أو عطشا لا يضمن شيئا عند أبى حنيفة . وعندهما يضمن الدية ووجه قولهما أن التطين عليه تسبب في هلاكه لأنه لا بقاء للأدمى الا بالأكل والشرب فالمنع عند استيلاء الجوع واعطش عليه يكون قد تسبب في اهلاكه فأشبه حفر البئر على قارعة الطريق ولأبى حنيفة أن الهلاك حصل بالجوع والعطش ، ولا صنع لأحد في الجوع والعطش بخلاف الحفر فانه سبب للوقوع ، والحفر حصل من الحافر فيكون قتلًا تسببا » . (البدائع ج ٨ ص ١٩٥) . فأساس الخلاف حول هذه المسألة هو هل الحبس مع منع الطعام والشراب يعتبر تسببا في القتل أم لا يعتبر . فأبو حنيفة لا يعتبر سببا في القتل . لذلك يقول بعدم الضمان . أما أبو يوسف ومحمد فيعتبرون ذلك بالتسبب ففيه الدية . وهذه المسألة في الواقع بعيدة عن موضوعنا لأن الحبس قد قام بفعل ايجابى يسند اليه وهو الحبس أو التطين على حد عبارة الكاسانى الذى هو غلق الغرفة التى يقيم فى داخلها انسان حتى يموت .

أما القضية التى معنا فهي بعيدة عن ذلك تماما ، فالشخص مضطر الى الطعام والشراب وفى امكان آخر أن ينقذه فلم يفعل ، فهذا الامتناع وان كان حراما الا انه لا يكون جريمة قتل . (م ٢٥ - نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى)

٥٣٥ - ومع ذلك فانه ينبغي التأكيد على أن فقهاء المذهب الحنفى يعتبرون الامتناع عن اغائة المضطر في هذه الحالة اثما وعصيانا • ومخالفة لأوامر النبى صلى الله عليه وسلم • ومن أجل ذلك فان الامتناع هنا يعتبر من الجرائم التعزيرية • فاذا ما ثبت أنه امتنع عن انقاذ المضطر ، فلم يفعل حتى مات المضطر ، فان الممتنع يكون مرتكبا لجريمة تعزيرية يقدر لها ولى الأمر العقوبة التى يراها مناسبة ••

استنبطنا ذلك مما صرح به فقهاء الحنفية أنفسهم (١) •

ويمكن تلخيص الأسس التى يقوم عليها رأى الحنفية فيما يأتى :
أولا : أن ارتكاب الجريمة عندهم يتحقق بالمباشرة ، فجريمة القتل تتم اذا باشرها الفاعل أو تسبب فيها بفعل ترتب عليه الموت لا محالة واتصل الموت بالفعل الذى كان سببا فى القتل • وكان الفعل اعتداء • فمن حفر بئرا فى طريق عام ، فتردى فيها انسان ومات - فان القتل يرجع الى ذات الحفرة وحيث أن الحفر اعتداء فان الحافر يكون قاتلا •• - عندهم -

ثانيا : أن الأصل فى اسناد جرائم القصاص والدية ، هو صدور فعل ايجابى متصل بالنتيجة التى حدثت • « والتارك لا يتسبب له عمل ايجابى اذ أن السلب لا يعتبر فيه الشخص قد قام بعمل ايجابى فى ذاته » •
ثالثا : أن الامتناع لا يلحقه وصف الاعتداء •

اذ أن هذا الأخير انما هو وصف خاص بالأفعال ، ولذلك فلا يمكن أن يكون الممتنع فاعلا •

وفضلا عن ذلك فان معنى الاعتداء هو مجاوزة الشخص ما له من حقوق قررهما له الشارع • والاء والزاد ونحوهما كلها حقوق للانسان فله أن يعطى منها ما شاء وأن يمنع منها ما شاء - ومن يستعمل حقوقه لا يعتبر معتديا ولا مجرما ، وان اعتبر آثما فلا يعد مرتكبا لجريمة قتل •

(١) فقد جاء فى الدرر الحكام شرح غرر الاحكام انه اذا كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفه من الدخول فى ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء وان لم يجد قيل لصاحب النهر : اما أن تعطيه الشفه أو تتركه يأخذ بنفسه فان امتنع صاحب الماء عنهما قاتله بالسلاح لأنه قصد اتلافه بمنعه حقه وهو الشفه والماء فى البئر مباح غير مملوك • فان كان الماء محرزا فى الاناء ونحوه قاتله بلا سلاح بل بعضا ونحوه لأنه - أى الممتنع - ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له كطعام عند المخمصة فان لطالبه أن يخاصم بلا سلاح ج ١ ص ٣٠٩

وبراجع ايضا فى هذا المعنى حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٤٤١ وبدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ج ٦ ص ١٨٩ •

فاغاثة المضطر أمر مفرض شرعا عند الحنفية كما هو الحال عند غيرهم وقد وضع كتاب الاختيار شرح المختار النقط على الحروف بالنسبة لمذهب الحنفية في هذه المسألة حيث جاء فيه : « ومن اشتد جوعه حتى عجز عن طلب القوت ففرض على كل من علم به أن يطعمه أو يدل عليه من يطعمه فإن امتنعوا من ذلك حتى ماتوا اشتروا في الاثم . قال عليه الصلاة والسلام « ما آمن بي من بات شبعان وجاره الى جانبه طاو ، (جائع) ، وقال أى رجل مات ضياعا بين اغنياء فقد برئت منهم ذمة الله ورسوله ، وكذا اذا رأى لقبطا أشرف على الهلاك ، أو أعمى كاد أن يتردى في البئر وصار هذا كإنجاء الغريق » (١) .

والذى يستفاد من ذلك النص : أن انقاذ من أشرف على الهلاك فرض على كل قادر عليه ومن لم يقدر فرض عليه أن يدل القادر على أن يقوم بإنجائه وسواء كان الهلاك المتوقع ناشئا عن شدة الجوع والعطش أم ناشئا عن حريق أو غرق أو غير ذلك فمهما كان مصدر الخطر فمفروض على كل من يعلم بذلك أن يسعف المضطر .

وغنى عن البيان أن التعزير عقوبة عن معصية لم يحدد الشارع لها عقابا . كما سبق أن أشرنا .

ولما كان هذا النوع من العقوبات متروكا لولى الأمر أو من يحل محله من القضاة والحكام في اطار القواعد الشرعية الثابتة . . ولما كان فقهاء المذهب الحنفى يقولون أن التعزير قد يصل الى أقصى العقوبات على ماقرره بعضهم (٢) .

فانه يمكن القول بناء على مذهبهم أن يعاقب الممتنع عقوبة موجعة أو غرامة مالية فادحة تتناسب مع قعوده عن القيام بواجب الانقاذ .

٥٣٦ - أما مذهب الشافعية فقد حققه بعض الفقهاء المحدثين على أنهم يجمعون على أن الجريمة بالترك عقوبتها كعقوبة الجريمة بالفعل مثل الشافعية في ذلك كمثل المالكية والحنابلة . وفي هذا يقول سيادته :

(٢) الا تيار شرح المختار ج ٣ ص ١٢٩ .

(٣) مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر ج ١ ص ٥٦٦ . الدر المختار

وحاشية ابن عابدين عليه ج ٣ ص ٢٤٧ - ٢٤٩ .

« ولقد قرر الشافعية • والمالكية والحنابلة أن من يترك شخصا يستسقى فلم يسقوه حتى مات جوعا أو عطشا كان ذلك قتلا ان ثبت قصد ذلك » (١) •

والواقع أن في نصوص المذهب الشافعى ما قد يدعو الى تقرير مثل هذا الحكم عنهم ، فقد جاء في المذهب أنه (اذا حبس الشخص في مكان ومنع عنه الطعام أو الشراب فان الحابس يعد قاتلا ، ويكون مستحقا لعقاب القاتلين) (٢) •

٥٣٧ - غير أن مسألة حبس الشخص في مكان ومنع الطعام والشراب عنه حتى الموت تختلف تماما عن حالة من يستسقى قوما فلا يسقونه حتى يموت عطشا وهم يعلمون بعدم امكانه الحصول على الماء الا منهم (٣) • ذلك أن الفاعل في الحالة الأولى قام بعمل ايجابى أدى بطريق غير مباشر الى تحقق النتيجة الاجرامية وهى ازهاق الروح • أما في الحالة الثانية فان المانع للماء لم يصدر منهم أى عمل ايجابى تسبب بطريق ما الى موت من استسقاهم كما سبقت الإشارة •

ولئن كان المالكية والحنابلة والظاهرية لم يفرقوا بين الحالتين فان الشافعية قد فرقوا تماما بينهما • فقرروا أن الذى يحبس شخصا في مكان ويمنع عنه الطعام والشراب حتى يموت جوعا أو عطشا فانه يعتبر قاتلا له •

أما الذى يمتنع عن بذل الطعام لمن هو مضطر اليه أو عن بذل الماء لمن كادت روحه تزهق من شدة العطش حتى مات الأول جوعا أو حتى مات الثانى عطشا ، فان مثل هذا المانع لا يعتبر قاتلا عند الشافعية ، وفعله هذا لا يستوجب قصاصا ولا دية •

نعم انهم يقولون بوجوب بذل الطعام والشراب لمن يكون في حال اضطرار اليهما متى كان صاحبهما غير مضطر اليهما في الحال ولكن الذى يقتصر في أداء هذا الواجب المفروض لا يعاقب بقصاص ولا دية ومثل

(١) أبو زهرة - المرجع السابق - ص ١٣٠ •

(٢) المذهب ج ٢ ص ٢٢٦ •

(٣) كما رأينا ذلك بالنسبة لمذهب الحنفية • بل ان هذه الصورة هى احدى الحالات التى استبعدناها سلفا عند أول كلامنا في هذا الباب •

ذلك في الحكم ؛ الممتنع عن انقاذ الغريق أو من هو في حال تؤدي به
- لا محالة - الى الهلاك لو لم يقيم غيره بانقاذه . فالانقاذ فرض على
القادر عليه ولكن الممتنع عنه لا يعتبر مرتكباً لجريمة من جرائم القصاص
والدية وإن كان يعتبر آثماً (١) .

فقد جاء في معنى المحتاج انه يلزم غير المضطر ان يبذل ما عنده من
طعام الى المضطر المعصوم سواء كان مسلماً أو ذمياً . فان امتنع عن
بذله جاز للمضطر « قهره على أخذه وإن احتاج اليه المانع في المستقبل ..
فان عجز عن أخذه منه ومات جوعاً فلا ضمان على الممتنع ، اذ لم يحدث
منه فعل مهلك » (٢) .

٥٣٨ - وبهذا يظهر أن السر عند الشافعية في التفرقة بين هاتين
الحالتين . انه في الحالة الأولى صدر من الفاعل فعل مهلك وهو الحبس بمنع
الطعام والشراب . أما في الحالة الثانية فلم يصدر من الممتنع فعل مهلك
على الاطلاق . ومع ذلك فانه آثم حيث قصر في القيام بواجب تحتمه
عليه نصوص الشريعة ولهذا فانه يمكن القول بانه يجوز للإمام أو للقاضي
أن يعزره على ارتكاب مثل هذه المخالفة . وعلى ذلك يعتبر الممتنع
مرتكباً لجريمة من جرائم التعازير .

٥٣٩ - وهكذا نرى أن الشريعة الإسلامية بمذاهبها العديدة تجعل
التدخل لانقاذ المضطر فرضاً على كل قادر عليه . وهذا حكم مجمع عليه
بين فقهاء المسلمين . وقد استعرضنا النصوص الدالة على هذا الاجماع
من أقوال الفقهاء في كل مذهب .

كما أن الشريعة تعاقب الممتنع عن اغاثة المضطر . متى كان عالماً
بضرورة الغير وقادراً على اغاثته ولم يفعل . وقد اجمع فقهاء الشريعة
على ذلك أيضاً دون خلاف من أحد على ما بينا .

(١) أسنى المطالب ج ١ ص ٥٧٢ - ٥٧٣ - وأيضاً ج ٤ ص ١٨١
من هذا الكتاب مع حاشية الشهاب الرملى عليه ج ٤ ص ١٨١ .
(٢) معنى المحتاج ج ٤ ص ٣٠٨ - ٣٠٩ طبعة سنة ١٣٥٢هـ
١٩٣٣م .

وأسنى المطالب ج ٤ ص ٨٠ حيث قرر أن من قصر في القاء بعض
امتعة من السفينة فنتج عن ذلك هلاك شيء فانه يآثم ولكن لا ضمان عليه
كما لو لم يطعم مالك الطعام المضطر حتى مات .

وانما الخلاف في تقدير العقوبة :

فجمهور الفقهاء يقدرون العقوبة كما لو كانت الجريمة قد تمت بعمل ايجابي فاذا ترتب على الامتناع عن الاغاثة موت المضطر نتيجة لهذا الامتناع فان الجريمة هنا تعتبر جريمة قتل ، فان توافر القصد الجنائي لدى الممتنع عوقب بعقوبة القتل العمد ، وان لم يتوافر القصد الجنائي يعاقب عن ذلك بعقوبة القتل الخطأ .

غير أن الامامية والحنابلة في المشهور عنهم يشترطون لهذه المسؤولية أن يكون المضطر قد طلب اغاثته وانقاذه . . فان لم يوجد الطلب فلا مسؤولية على الشخص القادر على الانقاذ الذي لم يطلب منه شيء . . كما أن الاباضية والحنابلة في احدى الروايات عن أحمد وان كانوا يقولون بعقاب الممتنع عن اغاثة المضطر بعقوبة القتل العمد اذا مات المضطر نتيجة هذا الامتناع . الا أنهم يعاقبون بعقوبة القتل العمد البديلة وهي الدية كاملة في مال الجاني .

هذا عن مذهب الجمهور بتفصيلاته .

ويقابل ذلك مذهب الحنفية والشافعية الذين يجعلون عقوبة الامتناع من عقوبات التعزير التي ترك الشارع تقديرها الى ولي الأمر أو من يحل محله وهو قاضي الموضوع الذي يقدر العقوبة المناسبة لظروف الجاني وللظروف التي حدثت فيها الواقعة .

موقفنا في هذا الموضوع :

٥٤٠ - والذي نراه - والله أعلم - انه اذا ثبت ان الامتناع كان سببا في حدوث نتيجة اجرامية معينة فان الممتنع يكون مسئولا عنها ، فيعاقب بعقوبة الجريمة - العمدية - في حالة العمد ، وبالعقوبة - الخطأ - في حالة انتفاء القصد الجنائي .

وذلك دون أن تتوقف هذه المسؤولية على طلب الاغاثة طالما كان الممتنع عالما باضطراب الغير ، وقادرا على انقاذه . ولا نستثنى من ذلك الا القصاص حيث يعاقب الممتنع في حالة هلاك المضطر عن جريمة القتل العمد بالعقوبة البديلة لهذه الجريمة . وهي الدية كاملة في مال الممتنع دون أن تتحمل عاقلته شيئا منها .

وأدلتنا على هذا الترجيح من جوانب ثلاثة : أدلة ترجيح مذهب الجمهور القائل بمسئولية الممتنع مسئولية كاملة (١) • ثم أدلة ترجيح المذهب الأول القائل بعدم اشتراط الطلب حتى تقوم المسئولية خلافا للامامية والحنابلة وهم من الجمهور القائلين بالمسئولية •

وأخيرا أدلتنا في استثناء عقوبة القصاص ترجيحاً لمذهب الاباضية واحدى الروايات عن أحمد •

اسانيدنا في ترجيح المذهب الأول :

٥٤١ - وانا لنستند في أخذنا بهذا الرأي الى تلك الحجج الآتية :

أولاً : ما قضى به عمر بن الخطاب رضى الله عنه فيما روى من طريق أبى بكر بن أبى شيبة عن حفص بن عياش عن الحسن أن رجلاً استسقى على باب قوم فأبوا أن يسقوه فأدركه العطش فمات فضمنهم عمر بن الخطاب ديته •

ثانياً - مادامت علاقة السببية قائمة بين الامتناع والنتيجة فقد ثبت أن الجريمة قد تمت نتيجة للامتناع ومتى ثبت تحقق النتيجة الضارة وثبت انها متسببة عن الامتناع وجب أن تطبق على الممتنع عقوبة هذه الجريمة •

ولم ينكر على عمر في ذلك أحد من الصحابة رضوان الله عليهم فكان اجماعاً • ولا شك أن مستندهم في ذلك هو عموم نصوص القرآن الكريم والسنة المطهرة التى توجب على القاتل القصاص فى العمد والدية فى الخطأ • وقد فهم عمر أن النصوص تتناول هذه الحالة لأنها حالة قتل ، وان كان قتلاً بوسيلة غير عادية •

ثالثاً : أجمع فقهاء المسلمين على أن للمضطر الى الطعام أو الشراب أن يأخذه من صاحبه متى كان زائداً عن حاجته فان امتنع عن اعطائه - ولو بالثمن فله أن - يأخذه منه بالقوة وله أن يقاتله عليه • والحنفية والشافعية أنفسهم يقولون بذلك حيث يسيحون للمضطر قتال صاحب

(١) الواقع أن المذهبين الاول والثانى يكونان مذهب الجمهور لانهما متقاربان ولا يختلفان الا فى بعض التفصيلات الجزئية •

الماء وصاحب الطعام ان تعين القتال سبيلا لذلك على التفصيل الذى يبيناه .

واذا كانوا قد أجمعوا على المقاتلة فما ذلك الا لأن الممتنع معتدى وللمضطر أن يدفع عدوانه هذا بمقاتلته فان قتل المانع قدمه هدر والى النار وان قتل المضطر فهو شهيد ودمه مضمون .

٥٤٢ - واني لأسأل المعارضين كيف ابجتم مقاتلته وأهدرتم دمه من أجل منع قد لا يحدث منه ضرر ثم اذا حدث الضرر الكبير وترتب على امتناعه موت المضطر لا تعاقبونه الا تعزيرا ؟

رابعا : ان المنطق يقضى بمسئوليته عن موت المضطر مادام الموت نتيجة لامتناعه وخصوصا وأن الاجماع قائم على جواز مقاتلة الممتنع وان الذى يقاتله هو المضطر فمن باب أولى يجب أن يعاقبه الائمة على قتل المضطر فيما لو مات نتيجة امتناعه .

٥٤٣ - وما قاله الحنفية من أن الجريمة ليست بالمباشرة يؤدى الى نتائج خطيرة لا يمكن قبولها . ثم ماذا يقولون فى المحرض والشريك وحافر البئر والحبس عن الطعام والشراب حتى يموت المحبوس جوعا ؟

ان القول بعدم العقاب فى مثل هذه الحالات لا يقبله العقل ولا يقره المنطق . واما أن الاعتداء وصف للأفعال وليس وصفا للامتناع فلا يمكن أن يكون الممتنع فاعلا؛ فان هذا الكلام منقوض بما قرره الحنفية أنفسهم من أنه للمضطر مقاتلة من عنده الماء اذا منعه اياه لأنه بمنعه صار معتديا .

واما أن الزاد والماء ونحوهما كلها حقوق للانسان ، فله أن يعطى منها ما شاء أو يمنع منها ما شاء ؛ ومن يستعمل حقا لا يعد معتديا أو مجرما . فهذا كلام لا يمكن قبوله . لأن المضطر له حق فى هذا الزاد وهذا الماء الزائد عن حاجة صاحبه . وهذا الحق منوه عنه فى قوله عز وجل « وآت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل » والحق المنوه عنه فى الآية غير الزكاة يؤيد هذا ما روى عن ابن عمر رضى الله عنه أنه قال فى مالك حق سوى الزكاة (١) .

وما روى عن عائشة أم المؤمنين والحسن بن علي وابن عمر رضي الله عنهم أنهم قالوا كلهم لمن سألهم : « ان كنت تسأل في دم موجه أو غرم مفضع (١) أو فقر مدقع (٢) فقد وجب حقك (٣) وهذا باجماع من الصحابة رضي الله عنهم لا مخالف لهم فيه » .

وحيث ثبت أن للمضطر حقا عند المانع فله أن يقاتله عليه فان قتل المضطر فعلى قاتله القود (٤) وان قتل المانع فالى لعنة الله لأنه منع حقا وهو طائفة باغية ، قال تعالى : « فان بغت احداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تنفء الى أمر الله » ومانع الحق باغ على أخيه الذى له الحق (٥) .

واذا قلنا ان منع المضطر حقه يعتبر جريمة تبيح قتال المانع اجماعا ، فكيف لا يكون قتل المضطر جوعا أو عطشا من أبشع الجرائع وأعظمها عند الله ورسوله . وهى توجب العقاب فى الدنيا والآخرة .

عدم اشتراط الطلب :

٥٤٤ - وأما سندنا فى عدم اشتراط الطلب فيرجع الى القواعد العامة فى الفقه الاسلامى . .

فنظر الآن قواعد الشريعة الغراء ترتبط أو وثق ارتباط بقواعد الأخلاق .
فاننا بناء على ذلك نستطيع أن نقول :

انه لا فارق بين الامتناع فى حالة طلب الانقاذ من المضطر وبين الامتناع فى حالة عدم هذا الطلب ، وبعبارة أخرى ما هو الفارق بين امتناع عن تقديم طعام أو شراب أدى الى الموت ، وبين امتناع عن انقاذ من حرق أو غرق أدى الى الموت ؟ فنتيجة الامتناع واحدة فى كل من الحالتين .

(١) المفضع الشديد الشنيع . .

(٢) فقر شديد ملصق بالدفعاء (التراب) .

(٣) و (٥) المجلد ج ٦ ص ٥٨

(٤) المرجع السابق - نفس الموضع .

ومن ناحية أخرى • فقد يكون المضطر عاجزا عن الطلب لا سيما في مثل هذه الظروف الحرجة •

ولذلك فإن صاحب مفتاح الكرامة حينما أشار الى أن بعض فقهاء الامامية اشترطوا هذا الشرط ••••• علق على ذلك بقوله : ان الطلب نوعان

طالب بلسان حاله وطالب بمقاله : ••••• ومعنى ذلك أن ظروف الحال تغنى عن المقال مما يؤكد عدم أهمية هذا الشرط حتى من الفقهاء الذين أشاروا اليه في مذهبهم • فمن أحاطت به أخطار من كل جانب ؛ فإن حالته هذه توجب التدخل ولو لم يتكلم بلسانه •

٥٤٥ - استثناء عقوبة القصاص :

بقى علينا تبيان السند في ترجيحنا لمذهب الاباضية واحدى الروايات عن أحمد ؛ حيث استثنوا عقوبة القصاص حتى ولو كان الامتناع عن عمد •

ذلك أن كثيرا من الفقهاء يرى أن هناك عمدا لا قصاص فيه وهؤلاء الفقهاء حينما استثنوا عقوبة القصاص لم يهملوا العقاب عن الجريمة العمدية بل انهم قرروا عقوبة العمد البديلة ، أى الدية المقررة للقتل العمد ؛ اذا امتنع القصاص لسبب من الأسباب : فالدية فى قتل الخطأ على الجانى وعلى عاقلته ، والدية فى قتل العمد على الجانى وحده فى ماله ولا تتحمل العاقلة معه شيئا منها • بمعنى أن الممتنع عن اغائة المضطر لو أدى الامتناع الى قتله فانه لا يقتض منه بل عليه الدية المقررة للقتل العمد وهى الدية فى ماله ولا تتحمل العاقلة معه شيئا •

وذلك منهم مراعاة للظروف التى تمت فيها الجريمة • فالممتنع لم يحدث ظروف الاضطراب التى قامت بالمضطر ولم يتسبب فى حدوثها وانما ساهم فى احداث أثرها ولولاه ما تمت هذه الآثار •

فلأجل قيام علاقة السببية بين سلوكه وبين النتيجة الضارة وجبت عليه عقوبة القتل العمد •

ولأجل أنه ليس هو الفاعل الأول والأخير لهذا السلوك الاجرامى بل ان ظروفًا خارجية ساهمت في احداث ظروف الاضطراب كان من العدل أن تطبق عليه العقوبة البديلة للجريمة العمدية .

ولذلك نظير في الشرع الاسلامى كما سبقت الاشارة . . فاذا سقطت القصاص بالعفو مثلاً وجبت العقوبة البديلة كاملة وهى الدية كاملة فى مال الجانى وهكذا .

وهذا ما قاله أحمد والاباضية فأسقطوا عقوبة القصاص وأوجبوا عقوبة العمد البديلة .

وهو فى رأينا فى غاية الاستقامة والرافة والعدالة للأسباب التى قدمناها .

وبالله التوفيق ،،

الفصل الثاني

حالة الضرورة القائمة بالغير في القانون الوضعي

٥٤٦ - سبق القول - غير مرة - أن القواعد العامة التي قدمنا دراستها في القسم الأول تنطبق بلا ريب - على حالة الضرورة المتعلقة بالغير سواء من حيث التكيف أو الآثار أو الشروط الواجب توافرها لقيام حالة الضرورة .

ونظرا لما بحثناه في الفقه الاسلامي من حكم اغاثة المضطر ، ومن أن الامتناع عن الاغاثة يعتبر جريمة من جرائم القصاص والدية عند جمهور الفقهاء فان ذلك يستدعي منا أن نبث عن حكم القانون الوضعي في اغاثة المضطر ثم عن موقف شراح القانون في اعتبار الممتنع مرتكبا لجريمة أو عدم اعتباره كذلك .

على أن هناك بعض ظروف خاصة يؤدي فيها الامتناع عن الانقاذ الى مخاطر جسيمة ، مما استوجب تدخل بعض التشريعات لحسم النزاع في بعض هذه الظروف . ومن ذلك حالة الامتناع عن الانقاذ البحري . وان كانت هناك على الحقيقة بعض ظروف أخرى لها أهمية خاصة . غير أن المشرع لم يتدخل فيها بصفة عامة . ومن هذه الظروف امتناع الطبيب عن علاج مريض أشرف على الهلاك ، في الوقت الذي لا يتيسر الوصول الى طبيب غيره يمكنه أن يقوم بعلاج هذا المريض .

٥٤٧ - خطة الدراسة :

وبناء على ما تقدم يمكننا أن نقسم هذا المبحث الى المطلبين الآتين :

المبحث الأول :

اغاثة المضطر وحكم الامتناع عنها .

المبحث الثاني :

أهم تطبيقات الامتناع عن الاغاثة .

المبحث الأول

اغاثة المضطر وحكم القانون في الممتنع عنها

٥٤٨ - لا يثير البحث عن اغاثة المضطر صعوبة تذكر في الدراسة القانونية ، أما البحث في أثر الامتناع عن الاغاثة وهل يعتبر الممتنع عنها مرتكباً لجريمة أو غير مرتكب فان له حظاً وافراً في أبحاث شراح قانون العقوبات .

وستتكلّم عن المسألة الأولى بإيجاز ثم تتلوها بالبحث عن المسألة الثانية ، بالتفصيل المناسب .

المطلب الأول

اغاثة المضطر في القانون الوضعي

٥٤٩ - لا شك أن التشريعات الوضعية في كثير من بلدان العالم قد عرفت اغاثة المضطر وان لم تكن هذه المعرفة تحت نص خاص أو بتعبير معين . فيكفي للقول بأن قانوناً ما قد عرف هذه المسألة أن ينص على التدخل لانقاذ الغير من الخطر ، أو أن ينص على وقاية الغير من الخطر كما فعل قانون العقوبات المصري في المادة « ٦١ » منه ؛ حيث ينص على أنه « لا عقاب على من ارتكب جريمة ألبأته الى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم . . . » وكما فعلت ذلك كثير من التشريعات الأخرى ، مثل قانون العقوبات الايطالى الصادر سنة ١٩٣٠ في المادة « ٥٤ » منه ، وقانون العقوبات السويسرى الصادر سنة ١٩٣٨ في المادة « ٣٤ » منه . وكذلك القانون الأسباني الصادر سنة ١٩٢٨ في المادة « ٦٠ » منه والقانون الألماني في المادة « ٥٤ » منه الى غير ذلك من التشريعات الأخرى (١) .

٥٥٠ - ولكن معرفة التشريعات الوضعية لاغاثة المضطر على الصورة المتقدمة ؛ لم تكن الا من قبيل الأمور الجوازية فقط .

وبعبارة أخرى لم تضع القوانين قواعد آمرة . تلزم الأفراد بانقاذ غيرهم من الأخطار المحيطة بهم ما داموا قادرين على ذلك .

وانما الذى فعلته التشريعات السابقة وغيرها ، هو أنها اقتصرت على رفع العقوبة عمن يتدخل لانقاذ غيره من خطر جسيم حال ، باستثناء بعض تشريعات قليلة جدا جعلت من هذه الحالة سببا لباحة الفعل ، الذى يستلزمه الانقاذ ، سواء كان لازما لانقاذ نفس الفاعل أو غيره ، كما سبق تفصيل ذلك .

وعلى ذلك فان معظم التشريعات الوضعية لا تبيح التدخل لانقاذ النير اذا ترتب على الانقاذ ارتكاب جريمة ، ولكنه مع ذلك ان حصل هذا التدخل واندفع انسان ما بدافع من مروءته الى انقاذ شخص من خطر جسيم حال فان هذه التشريعات ترفع العقوبة عن مثل هذا التدخل .

أما النادر من هذه التشريعات فانه ينظر الى فعل الانقاذ على أنه عمل مباح ولو كان هو فى ذاتيته - مكونا للجريمة فى الظروف العادية ، وذلك مثل التشريع الأسباني والتشريع السوفيتى .

ويلاحظ أن غالبية هذه التشريعات قد ذكرت « الغير » دون أى قيد آخر ، فمن تدخل لانقاذ غيره - أيا كان ذلك الغير قريبا للفاعل أو غير قريب - فلا عقاب على المتدخل فى معظم التشريعات أو أنه فعل مباحا فى نظر البعض الآخر منها . ومع ذلك فالقانون الألماني الصادر سنة ١٨٧٠ اشترط فى المادة (٥٤) منه أن يكون الغير من أقارب الفاعل .

٥٥١ - وهكذا يمكن القول بأن التشريعات الجنائية الوضعية لم تعرف وجوب التدخل لانقاذ الغير من الخطر فلم يتضمن تشريع وضعى نصا عاما يلزم الأفراد بالتدخل لانقاذ الآخرين من الأخطار المحيطة بهم مهما كانت جسامة هذه الأخطار ومهما ترتب عليها من أضرار حتى بالنسبة للصالح العام .

المطلب الثاني

الامتناع عن الاغاثة

في

القانون الوضعي

٥٥٢ - القاعدة القانونية العامة أن الانسان لا يسأل عن أى امتناع ؛ طالما أنه لم يكن ملزماً بالقيام بعمل ايجابى . غير أن الشراح تناولوا الامتناع بالدراسة التفصيلية الوافية . كما أن بعض التشريعات الخاصة أوجبت التدخل للالتقاء في ظروف معينة .

وفي الفقرات التالية : تتكلم عن الامتناع بهذا المعنى (١) ثم نذكر بعض التطبيقات المتعلقة بهذا الموضوع .

(١) يعرف الامتناع بأنه : « احجام شخص عن القيام بفعل ايجابى معين كان الشارع ينتظره منه في ظروف معينة بشرط أن يوجد واجب قانونى يلزم بهذا الفعل وأن يكون في استطاعة الممتنع ارادته (نجيب حسنى المرجع السابق ص ٣٠١ ، رقم ٣١٥) .

وتتلخص عناصر الامتناع فيما يأتى : (أ) الاحجام عن اتيان فعل ايجابى . (ب) واجب قانونى يلزم بهذا العمل . (ج) أن يكون في استطاعة الملتزم ارادة هذا الفعل .

والواقع أن العنصر الجوهرى هو وجود الواجب القانونى - وهو جوهرى بالنسبة لدراستنا المقارنة كما سنوضح ذلك في موضعه - الذى يستمد وجوده من أى قاعدة قانونية ملزمة . سواء كانت في قانون العقوبات أو أى قانون آخر بل يكفى أن يكون مصدر هذا الواجب العمل القانونى مثل العقد أو مجرد العمل المادى مثل الفعل الضار اذا صح طبقاً لقواعد القانون مصدراً لنشوء الواجب القانونى .

Naguib Hosni, le lien De causalit' en droit penal, p. 249. (1955).

ومن أمثلة النصوص القانونية الآمرة نص المادة (١٢١ ع .) التى تلقى على عاتق القاضى واجب الحكم فى الدعوى فامتناعه يعتبر انكاراً للعدالة . والمادة ٢٨٤ ع . م . الخاصة بالامتناع عن تسليم الطفل الى من له الحق فى حضانه . الى غير ذلك من النصوص الآمرة . . ومن أمثلة العقد باعتباره منشئاً لواجب قانونى : الشخص الذى يلتزم بقيادة الأعمى أو تقديم الطعام والدواء الى المريض فى مواعيد محددة فالامتناع عن ذلك اخلال بواجب قانونى . والفعل الضار يمثل له بمن يلقى ببقية سيجارة مشتعلة فانه يلتزم قانوناً باطفائها والا اعتبر ممتنعاً عن واجب قانونى وهكذا .

الامتناع والجريمة :

٥٥٣ - الأصل أن تقع الجريمة بالارتكاب Commission
لا بالامتناع أو الترك omission كما أن الأصل في العقاب على
الامتناع أن ينص القانون عليه صراحة بما يدل على أنه يأمر باتيان فعل
معين ، حتى يمكن القول بأن الامتناع عن اتيان ما أمر به القانون يعتبر
جريمة سلبية تستوجب تطبيق العقوبة المقررة لها قانونا .

فمثلا جريمة القتل العمد هي طبقا لتعريف القانون المصرى لها تعتبر
- من غير شك - جريمة ايجابية لا تقع أصلا الا بارتكاب فعل؛ يظهر
ذلك جليا من نص المادتين ٢٣٠ ، ٢٣٤ ، وبصفة خاصة النسخة الفرنسية
التي جاءت عبارتها أوضح في الدلالة على هذا المعنى :
« L' homicide commis. »

ومعناها : « ازهاق الروح الذى يرتكب » ..

وهذا ما يستفاد أيضا من نص المادتين ٢٩٥ ، ٢٩٦ من قانون العقوبات
الفرنسى (١) وإذا كانت النصوص صريحة في لزوم ارتكاب الفعل حتى
يمكن القول بنسبة جريمة القتل الى فاعلها ، فكيف يمكن القول بمسئولية
الأمم - التى امتنعت عن ربط الحبل السرى لوليدها - عن جريمة قتل
عمدا ؟ وإذا كان القانون يتطلب فى وسائل الاشتراك أن تكون ايجابية
(المادة ٤٠ من قانون العقوبات المصرى) فكيف يمكن القول بمسئولية
حارس الأمن الذى يشاهد لصا يسرق منزلا فيمتنع عمدا عن القبض عليه
أو حتى عن منعه من السرقة فتتم السرقة نتيجة لامتناع الحارس المقصود ؟
بمعنى أنه هل يمكن القول بمسئولية هذا الحارس على أنه شريك فى
جريمة السرقة ؟ وإذا أمكن ذلك فكيف يقبل هذا مع علمنا بأن القانون
يتطلب فى وسائل الاشتراك أن تكون ايجابية (٢) .

يذهب غالبية الشراح فى فرنسا الى التفرقة بين الجرائم العمدية
والجرائم غير العمدية .

(١) حيث يتكلمان عن قتل النفس عمدا .

« L'homicide Commis Volontairement »

(٢) حارسون مادة ٢٩٥ رقم ١٤ وما بعده جارو ج ١ رقم ٩٩
ص ٢١١ فيدال ومانبول رقم ٧٠ ص ١٣٥ دوندييه دى فابر رقم ١٧
ص ٧٢ .

٥٥٤ - فيما يتعلق بالجرائم العمدية فإن الامتناع لا يصلح لأن يلقى على عاتق المنسوب اليه مسئولية جنائية عن جريمة عمدية . وحتى ولو ثبت توافر القصد الجنائي لدى الممتنع (١) . وذلك ما لم يقرر المشرع صراحة أو ضمنا العقاب على بعض صور الامتناع المتعمدة الذي يؤدي الى قيام جريمة عمدية (٢) كما فعل المشرع الفرنسي في القانون الصادر بتاريخ ١٩ أبريل سنة ١٨٩٨ حيث نص هذا القانون على أن امتناع الآباء - عمدا - عن تقديم الطعام أو العناية لأطفالهم الذين تقل أعمارهم عن ١٥ سنة يعتبر مكونا لجريمة عمدية يعاقب عليها بنفس العقوبات المقررة لجرائم القتل والضرب والجرح العمدية تبعا للنتيجة التي تترتب على الامتناع المشار اليه (٣) .

أما في حالة ما اذا لم يكن هناك نص خاص يقرر العقاب على الامتناع المتعمد فانه لا يعتبر مكونا لجريمة عمدية على الاطلاق كما سبق البيان وقد استند هذا الرأي الى الحجج الآتية :

٥٥٥ - أولا : انكار علاقة السببية (٤) وهم ينكرونها على أساس أن الامتناع عدم وفراغ فلا ينتج سوى العدم وللغراغ « (٥) » .

DE rien ne peut rien se produire

(١) حارسون مادة ٢٦٥ رقم ١٤ وما بعده جارو ج ١ رقم ٩٩ ص ٢١١ فيدال ومانبول رقم ٧٩ ص ١٣٥ دوندييه دي فابر رقم ١١٧ ص ٧٢ .

(٢) المراجع السابقة نفس المواضع المشار اليها ويراجع أيضا .
Hosni, P. 230 et 234.

Hosni, P. 233.

(٣)

ويرى الدكتور على راشد أن اصدار هذا القانون يعنى أن المشرع الفرنسي ينحاز الى هذا الرأي اذ من الواضح انه لو كان يقر فكرة المساواة بين الارتكاب والترك بغير نص لما كانت به حاجة الى وضع هذا القانون .
المراجع السابق - ص ١٨٥ .

Hosni ; P. 230.

(٤) الدكتور محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص ٢٤ - ٣٥ .

(٥) الدكتور محمود نجيب حسنى - القسم العام ص ٣٥٢ رقم ٣٥٦ . سنة ١٩٦٢ .

(م ٢٦ - نظرية الضرورة في الفقه الجنائي)

ومعنى ذلك أن الامتناع لا يتصور أن يكون سببا لشيء ما (١) ومن باب أولى ليس من المتصور أن يكون سببا لنتيجة ايجابية لها أثرها في العالم الخارجى ، وباتقاء علاقة السببية على هذه الصورة تنقطع الصلة بين الامتناع وبين النتيجة الضارة التى حدثت . وبهذا تنفصل الجريمة السلبية ذات النتيجة الايجابية .

«Le délit de commission per omission»

عن مجموعة الجرائم الايجابية التى تؤدى الى نفس النتيجة الضارة والتى حدد لها القانون عقوبات معينة (٢) . الأمر الذى يوجب القول باستحالة الحاق الجرائم التى من النوع الأول (جرائم الامتناع ذات النتيجة الايجابية) بالجرائم العامة المنصوص عليها فى القانون .

ومعنى ذلك أن وقوع الجرائم الايجابية بطريق الامتناع أمر لا وجود له ما لم يقرر القانون ذلك صراحة .. أو ضمنا (٣) .

ثانيا : أن نصوص قانون العقوبات لا تساعد على الاعتقاد بصحة القول بالتسوية بين الايجاب والامتناع فى جرائم العمد الايجابية (٤) فنص المادة ٢٩٥ من قانون العقوبات الفرنسى يتكلم عن القتل العمد فيقول ..

«L' homicide commis Volontairement»

ومعناها : « قتل النفس الذى يرتكب عمدا » وهى عبارة تدل دلالة واضحة على أن المشرع الفرنسى يتطلب فى جريمة القتل العمد أن يكون الجانى قد ارتكب عملا ايجابيا وليس امتناعا مجردا (٥) .

ثالثا : ان القول يغير ذلك يؤدى الى الخروج على المبدأ القائل :

« لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون » ومن شأنه ايضا أن يؤدى بالضرورة الى عدم احترام القاعدة المترتبة على هذا المبدأ وهى قاعدة « التفسير الضيق » فى القوانين الجنائية ، فحيث صح القول بأن وقوع الجريمة

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى - العام - ص ٣٥٢ .

Hosni, P. 231.

(٢)

(٣) المراجع المشار اليها فيما سبق ص ٨٠٧ هامش (١) الدكتور

محمود نجيب حسنى - العام - ص ٣٥٢ .

(٤) الدكتور على راشد - المراجع السابق - ص ١٨٤ - ١٨٥ .

(٥) المراجع السابق ص ١٨٥ .

الاجبائية بطريق الامتناع غير مندرج في مجموعة الجرائم الاجبائية العامة فهي بالتالى تخرج عن نطاق الجرائم والعقوبات المنصوص عليها قانونا وبذلك لا يصح العقاب عن نشاط لم يجرمه القانون ولم يضع على من يسلكه عقوبة معينة .

وخلاصة القول في ذلك « أن الجريمة السلبية ذات النتيجة غير ملحقه بالنص. العام الذى يعاقب على احداث هذه النتيجة فيكون مقتضى هذا المبدأ جعل وجود هذه الجريمة رهنا بنص خاص بها » (١) .

٥٥٦ - اما الجرائم غير العمدية فان اصحاب هذا الرأى يرون امكان حدوثها عن طريق الامتناع ، وذلك ان الجرائم كما قد تقع عمدا قد تقع بطريق الخطأ غير المتعمد وهذا الطريق من الممكن أن يكون عملا سلبيا ، تبعا للصورة التى يتخذها الاهمال وما اذا وقع بفعل أو امتناع (٢) .

والقائلون بهذا الرأى يبررون التفرقة بين الجرائم العمدية والجرائم غير العمدية بأن النصوص الخاصة بالنوع الأول نصوص ضيقة وهى بالتالى غير قابلة لأن يستخلص منها أن الشارع قد قصد بها اقرار المساواة بين السلوك الايجابى والسلوك السلبى (٣) . وذلك بعكس النصوص الخاصة بالجرائم غير العمدية . حيث يمكن أن يدخل في مضمون حكمها كل ما يسمى خطأ أو اهمالا سواء كان فعلا أو امتناعا .

فمثلا نص المادة ٣١٩ من قانون العقوبات الفرنسى يقول :

«Quiconque ... aura commis involontairement un homicide ou en aura été involontairement la cause».

ومعنى هذه العبارة : من قتل نفسا خطأ أو تسبب في قتلها بغير قصد ولا تعمد « وهى عبارة من العموم بحيث تشمل كل الوسائل المؤدية الى هذه النتيجة من غير تفرقة بين الفعل والامتناع .

(١) الدكتور محمود نجيب حسنى - المرجع السابق - ص ٣٥٢ .

(٢) الدكتور على راشد - المرجع السابق - ص ١٩١ هامش (٢) .

(٣) جارسون المادتان ٣١٩ و ٣٢٠ رقم ٢٢ فيدال وماتبول ج ١

٥٥٧ - هذا وقد ذهب بعض الشراح في فرنسا الى أن الامتناع عن أداء التزام يفرضه القانون يعتبر مكونا للركن المادى للجريمة اذا حدث بهذا الامتناع نفس النتيجة الاجرامية التى تحدث بالعمل الايجابى .

فمثلا يذهب رويته ; RAUTER الى أن جريمة القتل قد ترتكب عن طريق الامتناع فى حالة ما اذا وجد التزام قانونى يفرض على الجانى أن يقوم بعمل من شأنه أن يؤدى الى الموت عند عدم تنفيذه (١) .

وقد وافق على وجهة النظر التى أبداهها رويته بعض من الشراح الفرنسيين منهم : هوس وشافو وهيلى وفالى . وتبعاً لهذا الرأى فإن الواجب الخلقى الذى يفرض الفعل على الجانى لا يكفى للقول بهذا الحل (٢) .

٥٥٨ - وقد رد غالبية الشراح الفرنسيين هذا الرأى بأنه غير قائم على أساس سليم ذلك أن الامتناع عن أداء واجب مفروض بقانون غير قانون العقوبات لا يمكن أن يؤدى الا الى مسئولية غير جنائية . وعلى هذا فإن الامتناع عن أداء الواجب القانونى - أيا كان - ربما يؤدى الى مسئولية مدنية أو ادارية ، ولكن لا يمكن أبدا أن تكون مسئوليته جنائية اذا لم يكن قانون العقوبات قد نص على إقامة هذه المسئولية فى حالة الامتناع المؤدى الى نتيجة ايجابية .

ومن ناحية أخرى فإن هذا الرأى يؤدى الى نتائج غير مسلمة عند الفرنسيين . فمثلا الزوج ملتزم بحماية زوجته ، وطبقاً لمنطق هذا الرأى : يعتبر الزوج مسئولا جنائيا عن موت زوجته اذا هو امتنع عن الحيلولة بينها وبين انتحارها فى حين أن الزوج الذى يقدم الى زوجته الطريقة التى تموت بها لا يعتبر مشتركا فى جناية انتحار لم تتم (٣) .

(١) RAUTER : Traité theorique et pratique du droit criminel francais T. 11, n° 439, P. 6

Hosni, P. 231.

(٢) ويراجع أيضا فى عرض هذا الرأى .

(٣) المرجع السابق ص ٢٣٢ .

Garçon ; art. 295, N. 25.

وأیضا فان العامل المكلف بتنظيف الطريق أو ترميمها ، اذا أهمل في رفع الأحجار من هذا الطريق يعتبر طبقا لهذا الرأي مذنباً في جريمة قتل متى كان هذا الامتناع بقصد تسبیب الموت لأحد المسارة الذي يسير في هذا الطريق بسيارته ليلاً . في حين أن هذا الامتناع ليس الا مخالفة لواجب اداري ألقى على عاتق العامل بمجرد قبوله شروط الوظيفة . ومع ذلك لا يمكن أن يفكر أبداً في اعتبار عامل الطريق مسئولاً باعتباره مشتركاً مع هؤلاء الذين وضعوا الأحجار في الطريق (١) .

٥٥٩ - ويبدو أن الشراح الألمان يسلمون بوجود العقاب عن الجرائم التي قد تقع بطريق الامتناع فتؤدي الى احداث النتيجة الاجرامية وذلك كامتناع الام عن ارضاع طفلها مما أدى الى وفاته ، أو امتناع معلم السباحة عن انقاذ من يعلمه فيغرق ، اذ أن هذا الامتناع يصلح سبباً في الوفاة والغرق (٢) - أو على الأقل - هذا الامتناع يدخل تحت النصوص التشريعية التي تحرم الفعل الايجابي المؤدى الى نفس النتيجة (٣) اذ أن هذا الامتناع كان مخالفة لواجب قانوني مفروض على عاتق الجاني .

ولعل الشراح الألمان لم يهتموا - وهم بصدد تكييف الجريمة - الا بالقصد الجنائي فما دام ذلك القصد متوافراً فانه يستوى لديه ان يصل الجاني الى قصده الاجرامي بسلوك ايجابي أو بسلوك سلبي (٤) طالما كان هنالك واجب قانوني يلزم صاحب السلوك السلبي بعمل ايجابي .

موقف الشراح في مصر :

٥٦٠ - اما موقف الشراح في مصر من هذه المسألة ، فيبدو أن فريقاً منهم قد تأثر بالرأي السائد لدى شراح القانون الفرنسي ، حيث يذهبون الى ان الامتناع لا يصلح ان يلقي عاتق الممتنع مسئولية عن جريمة عمدية لانقطاع علاقة السببية ولكن من الممكن ان ينتج مسئولية عن جريمة

(١) المرجع السابق - نفس الموضع .

Hosni, P. 232.

ويراجع أيضاً

(٢) الدكتور محمود نجيب حسنى - الخاص - ص ٣٣ .

(٣) وذلك على فرض التسليم بعدم امكان قيام علاقة السببية تبعاً

لآراء بعض الشراح مشار اليهما والى غيرها من الشراح في Hosni, P. 245.

(٤) الدكتور على راشد - المرجع السابق - ص ١٨٦ رقم ٢١٧ .

غير عمدية على أساس ان الامتناع قد يعتبر احدى صور الابهمال أو عدم الاحتياط (١) على نحو ما سبق عرضه فيما تقدم .

٥٦١ - ولكن الرأي الذي عليه جمهور الشراح هو أن الامتناع يصلح أن يكون سببا في حصول نتيجة ايجابية يعاقب عليها القانون وبذلك يصح وقوع الجريمة الايجابية عن طريق الامتناع رغم انه سلوك سلبي ويعلل بعض الشراح ذلك بأنه « ما دام الامتناع الذي أدى الى النتيجة مخالفا لواجب على الممتنع وكان هذا الامتناع هو السبب المباشر الذي ادى الى وضع النتيجة المعاقب عليها - كحالة الام - التي امتنعت عن ارضاع طفلها . . . - وهى حالة يلاحظ فيها ان المجنى عليه ليس عاجزا عن حماية نفسه فقط بل انه لا يستغنى عن معاونة هذا المتهم ذاته نظرا للرابطة الخاصة التي تربطهما ففى هذه الصورة يجب التسليم بأن الممتنع مسئول جنائيا، كما لو كان قد أحدث الفعل بعمل ايجابي والواقع ان موقف الجاني فى هذه الحالة اكثر من ان يعد مجرد موقف سلبي ذلك ان قيامه بما يقتضيه واجبه يكون امتناع الجاني عن القيام بواجبه فى حقيقته عملا خارجيا غير من هذا الوضع فأحدث النتيجة التى يعاقب عليها القانون وهذا القدر يكفى لمساءلته جنائيا عن هذه النتيجة المقصودة . » (٢) .

ولكن يقرر بعض الشراح ان البحث فى توافر القصد الجنائي وعلاقة السببية - فى هذه الحالة - « خلط بين أركان الجريمة او بين عناصر الركن الواحد فالعقاب لا يترتب الا على توافر هذه العناصر جميعا ، فبطبيعة الحال يلزم فى القتل العمد بالامتناع ان يتوافر قصد ازهاق الروح وهنا يجب عدم الخلط بين صعوبة اثبات القصد وبين امكان توافره وكذلك يلزم لقيام الركن المادى ان تتوافر علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة التى تحصل اى الوفاة فى جريمة القتل العمد ، فالام

(١) الدكتور على بدوى - المرجع السابق ص ٧٤ .

د. على راشد مبادئ ٢٤٥ ص ٢٠٤ الموجز رقم ١٤٨ ص ١٤٨ .

(٢) الدكتور السعيد مصطفى - المرجع السابق ص ٥٩ طبعة سنة

١٩٦٢م ومن هذا الرأي : الأستاذ أحمد أمين ص ٣١٤ الدكتور محمد

مصطفى القللى المسئولية الجنائية - ص ٦٦ - الدكتور محمود محمود

مصطفى - والقسم الخاص ص ١٤٧ ط سنة ١٩٥٨ . الدكتور محمود

نجيب حسنى - المرجع السابق رقم ٣١٥ وما بعده ص ٣٠١ وما بعدها .

التي تمتنع عمدا عن اطعام ابنها الصغير بقصد قتله تعاقب على قتل عمد ، وكذلك حارس السجن بالنسبة للمسجون وذلك لتوافر علاقة السببية بين النشاط السلبى للمجرم وبين النتيجة المقصودة وعلى ذلك فلا محل للاسس التي تضعها بعض القوانين او يضيفها الشراح للتسوية بين العمل والامتناع من أنه يجب ان يكون الامتناع قد جاء مخالفا لواجب ، أو ان يكون المجنى عليه عاجزا عن حماية نفسه فقد تكون هذه ضوابط لعلاقة السببية ، وهو امر يخرج الموضوع عن نطاقه « (١) » .

ومعنى ذلك ان هذا الرأى لا ينظر الى الواجب القانونى على أنه عنصر من عناصر الامتناع وانما قد يعتبر - فى نظره - ضابطا من ضوابط علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الضارة .

ملاحظة هامة :

٥٦٢ - من خلال عرضنا للامتناع فى نظر شراح القانون الوضعى ثبت امامنا بما لا يدع مجالا للتردد ان القانون الوضعى لا يدخل الممتنع تحت طائلة العقاب الا اذا كان الامتناع الذى نشأت عنه النتيجة الاجرامية امتناعا عن واجب قانونى كما سبق لنا البيان التفصيلى .

ولعلنا نذكر الصور التى استبعدناها من دراستنا فى أول هذا الباب . حيث قلنا : ان الامتناع عن الافعال الواجبة والتى يترتب عليها خطر جسيم حال مثل امتناع الام عن ارضاع طفلها . او امتناع القابلة عن ربط الحبل السرى للمولود - هذا الامتناع وامثاله - ان ادى الى الوفاة يعتبر قتلا بالامتناع . ولكنه لا يدخل فى نطاق بحثنا . لان هذا النوع من الامتناع لم يخالف أحد من الفقهاء فى اعتباره جريمة من جرائم القصاص والدية ..

وكما هو ظاهر تماما من كل ما تقدم فان القانون الوضعى لا يعترف الابل مثل هذا الامتناع . بل ان الامثلة التى ساقها الشراح لا تخرج فى جملتها عن هذا النوع الامتناع المرتبط بالواجب القانونى .

(١) الدكتور محمود محمود مصطفى - المرجع السابق رقم ١٧٥

٥٦٣ - وبناء على ذلك قد يقال : لماذا اذن استعرضت آراء الشراح على هذه الصورة ؟

والجواب .. أننى أردت أن أذكر كل ما تعرفه القوانين الوضعية عن مضمون الامتناع والنشاط السلبي المكون للجريمة .. وحتى أثبت بهذا ان الامتناع من الاغائة الذى تكلم عنه فقهاء الشريعة باستفاضة لم تعرفه قوانين العقوبات الوضعية كما سنبين ذلك عند المقارنة .. بعد عرضنا لبعض تطبيقات حالة الضرورة القائمة بالغير ..

المبحث الثانى

اهم تطبيقات الامتناع عن الاغائة فى القانون الوضعى

٥٦٤ - من التطبيقات الهامة للامتناع عن الاغائة فى القانون الوضعى * الامتناع عن المساعدة البحرية (او الانقاذ البحرى) وقد احتل هذا الموضوع مكانا هاما فى الدراسات القانونية التى تتوجت بإبرام معاهدة بروكسل سنة ١٩١٠ * ومن هذه التطبيقات ايضا امتناع الطبيب عن العلاج ولا زال - الشراح يوالون هذا الموضوع بالبحث الفقهي المتواصل الذى نرجو له استجابة تشريعية حاسمة .

وفى الفقرات التالية سنتناول هذين التطبيقين كلا على حدة ..

أولا : الامتناع عن المساعدة البحرية (او الانقاذ البحرى)

٥٦٥ - خلت المجموعة البحرية المصرية من نصوص تنظيم الانقاذ البحرى او المساعدة البحرية لان المشرع المصرى نقل احكام التشريع الفرنسى حينما كان الاخير غير متضمن شيئا من ذلك .

وفى سنة ١٩١٠ ابرمت معاهدة بروكسل بين عدد كبير من الدول ، وهى المعاهدة الخاصة بتوحيد القواعد المتعلقة بالمساعدة والانقاذ البحريين وفى سنة ١٩١٦ ادخل المشرع الفرنسى قواعد هذه المعاهدة فى تشريعه الداخلى . وفى سنة ١٩٤١ انضمت مصر الى معاهدة بروكسل وذلك بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٤١ وصدر المرسوم فى ٣١ يناير سنة ١٩٤٤ بالعمل بها ابتداء من أول مايو سنة ١٩٤٤ .

وقد تولى مشروع قانون التجارة البحرية مهمة سد النقص في القانون الحال حيث تضمن احكام معاهدة بروكسل الخاصة بالانقاذ والمساعدة البحرية (١) ويجدر بنا ان نشير في بادىء الامر الى أن المعاهدة الدولية لم تفرق بين المساعدة والانقاذ حيث اخضعتهما لقواعد واحد على خلاف ما ذهب اليه بعض التشريعات .

٥٦٦ - تنص المادة الاولى من معاهدة بروكسل على ما يأتى :

« تطبق الاحكام الاتية على مساعدة وانقاذ السفن البحرية التى تكون فى حالة خطر وعلى الاشياء الموجودة على ظهرها وعلى النولون وأجرة الركاب وكذا على الخدمات التى هى من نفس النوع التى تؤدى بين السفن البحرية وسفن الملاحة الداخلية بدون تمييز بين هذين النوعين من الخدمات وبقطع النظر عن المياه التى حصلت فيها » ...

ومن هذا النص يمكن القول ان المساعدة البحرية هى المعونة التى تقدم للمنشأة من أجل تفادى خطر معين بصرف النظر عن المياه التى تحصل فيها (٢) .

فالمساعدة البحرية هى - اذن - معونة لان تقديمها ليس ناشئا عن التزام سابق على عاقل شخص ما وانما هى خدمة دعت اليها ظروف الخطر الذى يهدد السفينة (٣) .

(١) فقد نص فى المادة ٣٤٨ منه على ما يأتى : « ١ - على الربان ان يبادر الى انقاذ كل شخص يوجد فى البحر معرضا لخطر الهلاك ولو كان من الاعداء . وذلك بالقدر الذى لا يعرض سفينته أو الاشخاص الموجودين عليها لخطر جدى .

٢ - ويقع هذا الالتزام على قائد كل طائرة اذا لم يكن من شأن الانقاذ الذى يقدمه تعرض طائرته أو الاشخاص الموجودين عليها لخطر جدى .

٣ - ولا يكون مجهز السفينة مسئولا عن مخالفة هذا الالتزام الا اذا وقعت المخالفة بناء على تعليمات صريحة منه » .

(٢) الاستاذ الدكتور على حسن يونس : القانون البحرى ص ١٧٤ رقم ١٥٢ . (القاهرة ١٩٦٣) والاستاذ الدكتور مصطفى كمال طه - الوجيز فى القانون البحرى رقم ٤٩٠ ص ٣٤٤ - (اسكندرية ١٩٦١) .

(٣) المرجع السابق نفس الموضع .

ويكفى لاعتبار المعونة من قبيل المساعدة البحرية ان ينطبق على
احدى العائمتين المشتركين فى العملية وصف السفينة •

٥٦٧ - هذا ويشترط ان تكون السفينة فى حالة خطر حتى يمكن
اعتبار المعونة مساعدة بحرية وتلك مسألة موضوعية يستظهرها القاضى
بين الظروف التى تمت فيها كحالة البحر والجو والبعد عن الشاطئ ،
ولكن لا تشترط فى الخطر ان يكون حالا بل يكفى ان يكون محتمل
الوقوع (١) •

انقاذ الاشخاص :

٥٦٨ - جعلت المعاهدة الدولية انقاذ الاشخاص أمرا وجوبيا حيث
نصت المادة ١١ منها على أنه : « يجب على ربان كل سفينة بقدر ما
يكون فى استطاعته بدون ان يعرض سفينته او طاقمها او ركابها لخطر
جدى ان يقدم مساعدته لكل شخص يوجد فى البحر تحت خطر
الهلاك ولو كان من الاعداء » •

وقد أوجبت المعاهدة على كل دولة من الدول الموقعة عليها ان تدخل
فى تشريعاتها الداخلية النصوص اللازمة لعقاب كل من يمتنع عن القيام
بهذا الواجب الانسانى ما دام ذلك فى قدرته (م ١٢ من المعاهدة) •••
وبطبيعة الحال فان واجب الانقاذ الذى قرره المادة ١١ جاء من
العموم بحيث يشمل كل الاشخاص •• بغير تفرقة بين شخص وآخر -
بل كما يقول النص - حتى ولو كان من الاعداء ••

وجوب المساعدة فى حالة التصادم :

٥٦٩ - وكذلك فان المعاهدة جعلت المساعدة اجبارية فى حالة
التصادم حيث نصت المادة الثامنة على أنه : « بعد حدوث التصادم
يجب على ربان كل سفينة من السفن المتصادمة وبقدر ما يكون ذلك فى
استطاعته ، بدون ان يعرض سفينته او طاقمها او ركابها لخطر جدى
ان يقدم مساعدته للسفينة الاخرى وطاقمها وركابها ، وعليه كذلك بقدر

(١) الدكتور على يونس - المرجع السابق - رقم ١٩٠ ص

الامكان ان يخطر السفينة الاخرى باسم سفينته ومينائها الاصلى
والجهات التى قدمت منها والتى ستتوجه اليها « . . . »

وقد نصت المادة التاسعة من المعاهدة على أن « تتعهد الجهات
العليا المتعاقدة التى لا يعاقب تشريعاتها من يخالف احكام المادة السابقة
ان تدخل او تضع فى تشريعاتها النصوص اللا يعقاب على تلك
المخالفات وقد استجابت معظم الدول الموقعة على المعاهدة الى ما دعت
اليه هذه المادة (١) » .

المساعدة بالنسبة للأموال والأشياء :

٥٧٠ - اما المساعدة بالنسبة للأموال والأشياء فقد جعلتها المعاهدة
أمرا اختياريا فى غير حالة التصادم ولم تجعل منها التزاما مفروضا بل تركت
تقدير التدخل من عدمه للشخص الذى يناط به تقديم تلك المساعدة (٢) .

الامتناع عن الانقاذ والمساعدة جريمة فى التشريع المصرى :

٥٧١ - رأينا أن المعاهدة تعتبر الانقاذ اجباريا بالنسبة للأشخاص ؛
كما أنها تجعل من المساعدة التزاما مفروضا فى حالة التصادم ؛ ولكنها
تنظر الى فعل المساعدة بالنسبة للأموال والأشياء على أنه أمر
اختيارى باستثناء حالة التصادم .

أما التشريع المصرى فقد قرر حكما عاما من شأنه اعتبار الانقاذ
والمساعدة أمرا مفروضا فى كل الاحوال ، كما انه يقرر عقوبة كل من
يمتنع عن الانقاذ والمساعدة . أى ان الامتناع عن ذلك جريمة وضع
الشارع المصرى لها عقوبة محددة يستوى فى ذلك انقاذ الاشخاص
او المساعدة فى حالة التصادم او المساعدة بالنسبة للأموال والأشياء .
وفى هذا تقول المادة ٢٢ من القانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٦٠ بشأن الامن
والنظام والتأديب فى السفن : « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة
أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه او باحدى هاتين العقوبتين كل ربان
لم يبذل ما يستطيعه من جهد لا يترتب عليه خطر جدى لسفينته او

(١) الدكتور مصطفى كمال طه - المرجع السابق - رقم ٥٠٥

ص ٣٤٩ .

(٢) الدكتور على يونس - المرجع السابق - رقم ١٦٤ ص ١٩٥ .

للاشخاص الراكبين فيها لانقاذ سفينة تشرف على الفريق او شخص يعثر عليه في البحر» ••

ومن هذا النص يظهر انه يشترط في الامتناع حتى يعتبر جريمة ان يكون الانقاذ في قدرة الربان وان لا يترتب على القيام به خطر جدى لسفينته او للشخاص الراكبين فيها وبطبيعة الحال فان الربان وحده هو المسئول عن هذه الجريمة اذ المسئولية الجنائية مسئولية شخصية ولذلك فان مالك السفينة غير مسئول في هذا الصدد (١) وغنى عن البيان ان المشرع يعتبر امتناع الربان عن الانقاذ جنحة في هذه الصورة •

النجدة في الملاحة الداخلية :

٥٧٢ - ينظر المشرع المصرى الى الامتناع عن المساعدة في مجال الملاحة الداخلية على انه جريمة ايضا حيث نصت المادة ١٦ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٥٦ الخاص - بالملاحة الداخلية على عقاب كل من قاد مركبا وامتنع بغير سبب معقول عن تقديم النجدة الممكنة لاي شخص او مركب في المياه الداخلية متى طلب اليه ذلك •

والشروط الواجب توافرها - هنا - هي القدرة وقد أشار النص الى هذا الشرط بقوله : «تقديم النجدة الممكنة» ويمكننا أن نستنبط هذا الشرط كذلك من عبارة النص التي تقول بغير سبب معقول ، فعدم الاستطاعة من أقوى الاسباب المعقولة كما أنه يشترط ايضا ألا يكون في تقديم النجدة تعريض المركب والشخاص الراكبين فيها لخطر جدى • وهذا الشرط مستفاد من قول المادة « بغير سبب معقول فالتعرض لخطر جدى هو من أهم الاسباب المعقولة •

وقد اضاف المشرع شرطا ثالثا هو طلب النجدة والواقع ان هذا الشرط كان من الأفضل عدم اشتراطه ذلك لأن الطلب قد لا يكون ميسورا في مثل هذه الظروف فتضيع الحكمة التشريعية من هذا النص • ولذلك فقد راعى المشرع عدم لزوم شرط الطلب عند وضعه

(١) ويلاحظ أن المادة ١١ فقرة ٢ من معاهدة بروكسل نصت صراحة على عدم مسئولية المالك عن عمل الربان في هذه الحالة •

للقانون رقم ١٦٧ لسنة ١٩٦٠ بشأن الأمن والنظام والتأديب في السفن حيث اكتفى بشرطى الاستطاعة وعدم التعرض لخطر جدى (١) .

٥٧٣ - ويلاحظ على كل صور الامتناع المتقدمة انها لا تكون الا جريمة امتناع بسيطة وبالتالي فهي خارجة عن نطاق الخلاف الذى سبق عرضه بخصوص الجرائم السلبية ذات النتيجة فلك ان القانون - هنا - يعاقب على مجرد الامتناع بغض النظر عن حدوث النتيجة الاجرامية او عدم حدوثها .

وتبقى حالة حدوث النتيجة بدون عقاب . فاذا مات المضطر غرقا فان القانون لا يعاقب على موته ولكنه يعاقب الممتنع على عدم الاغاثة فقط باعتبارها جريمة سلبية بسيطة كما هو واضح . الامر يجعل هذا التطبيق بعيدا عن حالة الامتناع عن الاغاثة كما بحثناها فى الفقه الاسلامى .

ثانيا - العلاج فى حالة الضرورة وامتناع الطبيب عنه :

٥٧٤ - لاعمال الطبيب علاقة وثيقة بنظرية الضرورة من وجهين .

الوجه الاول : السند القانونى للعلاج ، أو حق الطبيب فى التدخل للعلاج .

الوجه الثانى : امتناع الطبيب عن العلاج فى الحالات الخطيرة .

تدخل الطبيب للعلاج :

٥٧٥ - اما عن الوجه الاول فقد ذهب بعض الشراح الى أن اعفاء الطبيب من المسؤولية عن حوادث العلاج التى تنشأ عن مزاولته العادية للمهنة أساسه نظرية الضرورة (٢) .

(١) سبق ان اشرنا الى نص المادة ٣٤٨ من مشروع قانون التجارة البحرية . ويلاحظ أنه الزم قائد الطائرة بالانقاذ ايضا متى كان ذلك فى قدرته وبدون أن يعرض الطائرة ومن فيها لخطر جدى .

(٢) كارل ستوس : « بحث فى طبيعة أعمال الطبيب فى القانون الجنائى » منشور بالامانية سنة ١٨٩٩ . ومشار اليه فى :

MANCHE, La Responsabilité medical au point de vue penale (Thèse (Thèse paris 1932) P. 49.

والواقع أن هذه النظرية لا تصلح أن تكون سندا قانونيا في تدخل الطبيب للعلاج إلا في الحالات التي تتوافر فيها شروط الضرورة وأهمها أن يكون المريض مهددا بخطر جسيم حال لا يمكن دفعه إلا بتدخل الطبيب (١) .

أما في غير هذه الحالة فإن السند القانوني للعلاج يرجع إلى عدة أسباب أهمها إذن القانون ورضاء المريض بالعلاج (٢) .

فالضرورة إذن ليست أساس العلاج في الظروف العادية ، بل إنها حتى في الحالات الخطيرة تعتبر سببا في التجاوز عن بعض شروط إباحة العلاج ؛ كشرط رضاء المريض ، متى كانت حالته من الخطورة بحيث توجب على الطبيب إجراء العملية على وجه السرعة ؛ متى اتضح له أن التأخير يقلل فرص نجاح العملية . إذ أن حالة الضرورة - هنا - تخول للطبيب الحق « في إعطاء العلاجات الخطيرة وفي إجراء أي عملية مهما بلغت من قصور تعليمه أو تجاربه » (٣) .

ونكتفي بهذه الإشارة نظرا لأن هذه المسألة تنطبق عليها القواعد السابقة بيانها في القسم الأول .

مانش : المسؤولية الطبية من الوجهات الجنائية . (رسالة باريس سنة ١٩٣٢ ص ٤٩) الدكتور محمد فائق الجوهري : المسؤولية الطبية في قانون العقوبات .

(رسالة القاهرة ١٩٥١) ص ٨٤ .

(١) وحتى في حالة الخطر الحال فإن الضرورة ليست سندا قانونيا للطبيب وحده ، إذ من الممكن إعفاء غير الطبيب من المسؤولية عند قيامه بأعمال طبية تستدعيها الضرورة العاجلة فقد حكم بأن معاون الصحة الذي يجري ولادة عسرة بالآلات التوليد بدون مساعدة طبيب في حالة ضرورة بعد معذورا على الرغم من أنه ممنوع من ذلك قانونا (نقض فرنسي ٢ مايو سنة ١٨٧٨ سري ١٨٧٨ - ١ - ٢٨٥) .

(٢) ومن هذه الأسباب أيضا قصد الشفاء أو انعدام القصد الجنائي (رسالة الدكتور محمد فائق الجوهري - المرجع السابق - ص ٧٧ - ١١٩ رسالة الأستاذ فورييه - المرجع السابق رقم ٣٠٢ وما بعده) . ص ١٨٥ وما بعدها .

(٣) الدكتور محمد فائق الجوهري - المرجع السابق - ص ٢٥٩ .

امتناع الطبيب عن العلاج :

٥٧٦ - قد تدعو حالة الضرورة الى علاج مريض مهدد بخطر جسيم حال ويمتنع الطبيب عن علاجه . فما حكم القانون في هذا الامتناع ؟

للإجابة على هذا السؤال يجب التمييز بين حالة ما اذا كان هناك واجب قانوني يلتقى على عاتق الطبيب القيام بعلاج مثل هذا المريض ، وحالة عدم وجود هذا الواجب .

٥٧٧ - فاذا كان عنصر الواجب القانوني متوافرا - في حالة امتناع الطبيب عن علاج المريض - امكن القول بأن الطبيب يعتبر بامتناعه مرتكبا لجريمة عمدية ؛ متى ثبت قيام القصد الجنائي لديه ، او يعتبر مرتكبا لجريمة غير عمدية اذا انتفى هذا القصد ؛ متى أمكن ان ينسب اليه نوع من الاهمال او عدم الاحتياط .

والواجب القانوني قد يكون مصدره نص القانون كما في الحالة التي نصت عليها المادة ٣٨٦ (١) فاذا استدعت السلطات العامة طبيا لعلاج المصابين في بعض الحوادث ، فيمتنع الطبيب عمدا عن علاج أحدهم ؛ فيموت المريض بسبب اهمال الطبيب وتعمده عدم علاجه تحتم أن يسأل الطبيب عن جريمة القتل العمد أى توقع عليه العقوبة المقررة لها قانونا (٢) ومثل ذلك يقال بالنسبة للطبيب المجند في ظروف الحرب او الاوبئة العامة . وهو ايضا حكم القانون بالنسبة للطبيب الذى يعمل في مستشفى وقد يكون مصدر الواجب القانوني هو اتفاق الطبيب مع المريض حيث يلتزم بعلاج المريض ويسأل اذا امتنع عن ذلك بغير سبب معقول ، فاذا ثبت القصد الجنائي لديه يعتبر مرتكبا لجريمة عمدية (٣) .

(١) تنص المادة ٣٨٦ من قانون العقوبات المصرى على أنه « يجازى بفرامة لا تتجاوز جنبها مصرى كل من امتنع أو أهمل في إبداء أعمال مصلحة أو بذل مساعدة وكان قادرا عليها عند طلب ذلك من جهة الاقتضاء في حالة حصول حادث أو هياج أو غرق أو فيضان أو نزول مصائب أخرى عمومية » .

(٢) ، (٣) المرجع السابق نفس الموضع .

وقد يكون مصدر الواجب القانوني الفعل الضار من الطبيب نفسه كما اذا - أخطأ خطأ فنيا • فاراد بامتناعه عن العلاج عمدا موت المريض لاختفاء خطئه مثلا ؛ فانه يعتبر مرتكبا لجريمة القتل العمد مادام القصد الجنائي متوافرا ، والابأن انتهى هذا القصد ولم يوجد عذر مقبول يبرر الامتناع فانه يسأل عن جريمة غير عمدية (١) •

غير ان الطبيب يعفى من المسؤولية اذا تسببت ظروف قهرية أدت الى تأخيريه عن الحضور في الوقت المناسب ، فقد حكم بأنه لا محل للحكم على الطبيب بالتعويض اذا دعى لعلاج مصاب في حادث فحضر بعد بضع ساعات من وفاة المصاب طالما انه كان يجب على الطبيب لاجل ان يصل الى مكان المريض ان يقطع طريقا وعرا ، ومن جهة أخرى فان الطبيب لم يخطر بأن الجرح خطير يهدد بفقد حياة المريض ، ومن جهة ثالثة لم يثبت ان وصول الطبيب في الوقت المناسب كان يمكن ان ينقذ حتما حياة المريض •

٥٧٨ - اما في حالة عدم وجود واجب قانوني يلزم الطبيب بعلاج المريض ، فالرأى السائد هو عدم مسؤولية الطبيب اذا رفض العلاج (٢) على الرغم من أن في ذلك مخالفة للضمير الانساني الذي ينظر بازدراء الى كل طبيب يمتنع من أداء واجبه الانساني • ولذلك فان الامتناع عن العلاج في حالة الضرورة سيؤدى حتما الى نتائج خطيرة لا يمكن تداركها : فكان ذلك مدعاة لنشوء واجب قانوني يستمد وجوده من طبيعة هذه الظروف الحرجة (٣) •

(١) مانش ص ١٤٤ ، دونديه دى فابر : النشرة الطبية الشرعية س ١٩٣٠ ص ٤٦٨ •

(٢) مانش ص ١٤١ - ١٤٢ - دونديه دى فابر النشرة الطبية الشرعية س ١٩٣١ ص ٤٦٨ - ٤٧٠ •

(٣) وهذا ما أدى بالمشرع الفرنسي الى أن ينص في المادة الثالثة من قانون العلاج الطبي على أنه : « يلتزم كل طبيب مهما كانت وظيفته واختصاصاته ما عدا حالة القوة القاهرة وحدها - أن يمد يد العون الى المريض في حالة الخطر الفوري • اذا لم يكن هناك متسع لاسعافه بطريقة أخرى •

وقد صدر هذا القانون في ٢٧ يونية سنة ١٩٤٧ ذنون احمد الرجبو النظرية العامة للاكراه والضرورة ص ٣٠٧ رسالة القاهرة سنة ١٩٦٨ •

٥٧٩ - وقد ذهب بعض شراح القانون المدني الى القول بمسئولية الطبيب اذا امتنع عن علاج مريض ذلك ان الواجب الانساني يلقي على عاتق الطبيب التزاما بتبليته كل دعوة توجه اليه لعيادة أى مريض . غير ان الطبيب لا يصح اجباره قانونا على التدخل للعلاج الا في حالات الاستعجال او عدم وجود طبيب سواه (١) . بل ذهب البعض منهم الى أبعد من هذا حيث قالوا بمسئولية الممتنع حتى ولو كان سبب امتناعه مجرد الاساءة الى الغير طبقا لنظرية التضسف في استعمال الحق ، ومن الممكن - تبعا لهذا الرأي استنتاج نية الاساءة الى الغير من ظروف الحال » مثل خطورة المرض التي لا تحتل التأخير ، وعلم الطبيب بذلك ، وقدرته على اسعافه ثم يمتنع (٢) .

وقد قرر فريق ثالث بأن الطبيب عليه واجب قانوني يلزمه بعلاج المريض في كل الاحوال ، وهذا الالتزام موجود بمجرد قصر مهنة العلاج على الاطباء على وجه الاحتكار ..

ويقول بعض الشراح : ان المسؤولية هنا تعد مسؤولية تقصيرية على اساس ان الخطأ بالامتناع يخضع لقواعد الخطأ الايجابى ذاتها ، ولذلك فان الطبيب الذى يرفض زيارة مريض في منطقة منعزلة يعتبر مسئولا - في رأيهم - متى كان الطبيب يعلم ان تدخله الفورى لابد منه (٣) . » وذلك أخذا بقاعدة ان الطبيب الحريص لا يسلك هذا المسلك في هذه الظروف . وعلى هذا الاساس يسأل الطبيب اذا امتنع عن ربط شريان نازف لجريح ، في حين أنه لا يسأل اذا رفض استقبال مريض ، ولو كان هناك ما يدل على خطورة حالته طالما ان الزمان والمكان يتسعان للحصول على طبيب آخر لعلاج الحالة (٤) .

-
- (١) بلانيول وروبير شرح القانون المدني الفرنسى ج ٦ ص ٧١٨ .
 - (٢) ديموج - المرجع السابق - ج ٤ بند ٦٥٤ .
 - (٣) الدكتور وديع فرج - المرجع السابق ص ٤٢٢ - ٤٢٣ .
 - (٤) الدكتور محمد فائق الجوهري - المرجع السابق - ص ٣٩٣ .
- (م ٢٧ - نظرية الضرورة في الفقه الجنائى)

الفصل الثالث

بين الشريعة والقانون

٥٨٠ - رأينا في الفصل الأول من هذا الباب أن الشريعة الإسلامية أوجبت على كل مسلم أن يتدخل لانتقاد المضطر متى كان قادرا على ذلك . كما أن هذا الواجب متفق عليه بين المذاهب الإسلامية ؛ على تعددها واختلافها . ثم رأينا أن الامتناع عن الإغاثة جريمة معاقب عليها شرعا ، عقابا دنيويا وأخرويا . على خلاف بين الفقهاء في تقدير العقوبة الدنيوية .

فالمالكية والحنابلة والظاهرية والامامية والاباضية يقولون بعقاب الممتنع بنفس العقوبة المقررة للجريمة المرتكبة بفعل إيجابى إلا أن الحنابلة والاباضية استثنوا من ذلك عقوبة القصاص ، فأوجبوا مكانها الدية في مال الجانى (وهى الدية باعتبارها عقوبة لجريمة القتل العمد) . وأما الحنيفة والشافعية يقولون بعقاب الممتنع تعزيرا ، حسب ما يراه القاضى .

واتهمنا الى ترجيح مذهب الجمهور القائل بعقاب الممتنع بنفس العقوبة المقررة للفعل المرتكب بفعل إيجابى سواء فى ذلك عقوبة العمد والخطأ . . مع النظر بعين الاعتبار الى مذهب الحنابلة والاباضية فى استثناء عقوبة القصاص . وقد اقمنا الدليل على صحة ماذهبنا اليه فى كل ذلك .

٥٨١ - وفى الفصل الثانى رأينا التشريعات الوضعية عرفت انتقاد الغير فى حدود رفع العقاب عن الفاعل أو اعتبار فعله مباحا (١) . أما الامتناع عن الإغاثة فلم تعرفه التشريعات الوضعية إلا فى حدود ضيقة جدا ، حينما يكون الامتناع مخالفة لواجب قانونى . والا فان الامتناع لا يكون له أثر فى تكوين الجريمة .

(١) فقد رأينا ان معظم التشريعات الوضعية تجعل الضرورة مانعا للعقاب والقليل منها يعتبرها سببا للإباحة .

ثم عرضنا تطبيقه من تطبيق الامتناع عن الاغاثة في القانون الوضعي: الاول الامتناع عن المساعدة البحرية والانقاذ البحري . حيث نظمت ذلك معاهدة بروكسل سنة ١٩١٠ م . وقد انضمت اليها معظم دول العالم . وهى تعتبر الامتناع عن انقاذ الاشخاص جريمة ، وكذلك الامتناع عن المساعدة فى حالة التصادم . وقد انضمت مصر الى هذه المعاهدة ثم ان القانون المصرى اعتبر الامتناع عن الانقاذ أو عن المساعدة جريمة فى كل الاحوال ولكنها جريمة امتناع بسيطة .

والتطبيق الثانى هو امتناع الطبيب عن العلاج ، وهو يعتبر جريمة طبقا لنصوص قانون العقوبات ، ولا يرى شراح هذا القانون تجريم ذلك الامتناع ، الا اذا كان - مخالفا لواجب قانونى يلزم الطبيب بالعلاج . . . وقد القى تشريع العلاج الفرنسى التزاما على عاتق الطبيب بالعلاج فى الحالات الخطيرة التى لا يوجد فيها سواه ، مالم تمنعه من ذلك قوة قاهرة ويرى شراح القانون المدنى مساءلة الطبيب الممتنع عن العلاج مادام المرض خطيرا وتعذر وجود طبيب آخر وكان امتناعه بلا عذر مقبول .

٥٨٢ - ومن هذا يظهر لنا كيف أن الشريعة الاسلامية قد ضربت المثل الأعلى فى وجوب - انقاذ المضطر . حيث جعلت ذلك واجبا مفروضا على كل قادر عليه بعض النظر عن أى اعتبار آخر . ثم انها جعلت الامتناع عن الانقاذ جريمة فى كل الأحوال . بل وجريمة ايجابية كانها تمت بعمل ايجابى . والممتنع حينئذ يعاقب بالعقوبة المقررة لتلك الجريمة المرتكبة بفعل ايجابى . فان كان - الممتنع متعمدا عوقب بالعقوبة المقررة للجريمة العمدية وان كان غير عاقد عوقب بعقوبة الخطأ . واذا كنا قد رجحنا ما ذهب اليه الامام أحمد وفقهاء الاباضية من استثناء عقوبة القصاص فى حالة الامتناع المتعمد المؤدى الى الموت ، فان العقوبة التى يقول بها هؤلاء الفقهاء هى العقوبة المقررة لجريمة القتل العمد فى حالة سقوط القصاص وهى واجبه على الجانى فى ماله وحده دون العاقلة .

٥٨٣ - اما القانون الوضعى فلا يزال عاجزا عن حل تلك المشكلة . وسيظل كذلك فى حالة عجز مطلق طالما تخلف عنصر الواجب القانونى . بل ان التشريعات الوضعية حتى فى حالة الانقاذ البحري لم تتقدم خطوة واحدة فى هذا الصدد اللهم الا ما قرره من عقاب الممتنع عن جريمة

امتناع بسيطة • فهي لم تعاقب الممتنع عن الانقاذ البحرى بالعقوبة المقررة للجريمة المرتكبة بفعل ايجابى •

فالامتناع عن الانقاذ والمساعدة طبقا للتشريع المصرى - جنحة فقط عقوبتها تطبق على الممتنع بغض النظر عن النتائج التى وقعت • واذن فلو ادى الامتناع الى غرق شخص • فان القاضى لا يملك الا تطبيق العقوبة المنصوص عليها فى القانون وهى عقوبة الجنحة • وهكذا يموت الفريق دون أن يعاقب على موته احد •

وهو نقض كبير فى التشريعات الوضعية يتنافى مع الحق الذى منحه الله تعالى للإنسان وهو ايضا يتنافى مع الضمير الانسانى الحى الذى يتعين عليه شرعا ان يبادر الى انقاذ أخيه الانسان •

ومن هنا كان البحث عن امتناع الطبيب عن علاج مريض فى حالة خطيرة ، حيث أوجبت الشريعة ان يبادر بالعلاج والانقاذ، فان تقاعس كان مسئولا عن حياة هذا المريض الذى مات بسبب امتناعه • بل ويعاقب بنفس العقوبة المقررة للفعل الايجابى •• ان عمدا فعقوبة العمد • وان خطأ فعقوبة الخطأ • وذلك يعكس الحال فى القانون الوضعى - الذى لا يعرف هذا الحكم المقرر فى الشريعة اذا لم يكن هناك واجب قانونى يلزم الطبيب بالعلاج • واذا كانت بعض التشريعات قد ألقت التزاما على الطبيب فان المسؤولية هنا لاتعدو أن تكون مجرد مسؤولية عن جريمة امتناع بسيطة • والمسؤولية التى تكلم عنها شراح القانون المدنى ليست الا مسؤولية مدنية كما هو فى غاية الوضوح والظهور •

٥٨٤ - واذا دققنا النظر فى سر هذا البون الشاسع بين التشريع الالهى وبين التشريع الوضعى أدركنا بلا عجب ان شريعة الله تعالى انما تنظر الى أن كل انسان يحيطه خطر من أى نوع ، فان الواجب انقاذه وتخليصه • وهو مفروض على كل من رآه ولديه القدرة على الانقاذ والتخليص • وذلك من الشريعة احتراما للحياة الانسانية ، أى لمجرد أنه انسان وقع فى مهلكة بغض النظر عن علاقة القرابة • بل وبغض النظر عما يسمى بالواجب القانونى فطلما أنه قادر على الاغاثة والانقاذ تحتم عليه شرعا أن يفعل ذلك •

على أنه لا خصوصية للإنسان في هذا فمن يستطيع تخليص مال الغير من التلف والفساد يجب عليه شرعا أن يفعل ذلك .. وهكذا .

٥٨٥ - والأساس الشرعى في هذا الوجوب أن التدخل معروف وأن الامتناع منكر (١) . ومما لاشك فيه ان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من الفرائض الثابتة شرعا بنصوص كثيرة في القرآن والسنة (٢) وإذا كان الفقهاء يقولون انه فرض كفاية ، فان وصف هذا النوع من الفرائض يتحول الى فرض عينى اذا لم يتمكن من القيام به الا فرد واحد كما هو في هذه الحالة (٣) .. بل اننا نرى - الله أعلم - أن المنكر اذا أخذنا صورة مادية محسوسة وجب شرعا على كل قادر على التغيير أن يفعل ذلك حسب قدرته (٤) . ولما كان الخطر الحال محيطا بالنفس أو المال فان الأحكام الشرعية تخاطب كل قادر على التدخل للانقاذ ، خطاب تكليف والزام .

فأئني للقانون الوضعى أن يعرف تلك الأحكام التى أنزلها رب العالمين لخير الناس أجمعين . وهى بما فيها من كمال وروعة تتحدى القرون والايال عبر خمسة عشر قرنا و لاتزال تتحدى الفكر البشرى . حتى يرث الله الأرض ومن عليها . وصدق الله العظيم اذ يقول :

« سنريهم آياتنا فى الآفاق وفى أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق أو لم يكف بربك أنه على كل شىء شهيد ألا انهم فى مرية من لقاء ربهم ألا انه بكل شىء محيط » .

(١) يوسف قاسم : نظرية الدفاع الشرعى فى الفقه الجنائى الاسلامى والقانون الجنائى الوضعى ص ٢٧٣ سنة ١٣٩٩ هـ ١٩٧٩ م .

(٢) تراجع هذه النصوص المباركة فى المرجع السابق ص ٢٧٨ - ٢٨٢ .

(٣) المرجع السابق ص ٢٨٣ - ٢٨٩ .

(٤) المرجع السابق ص ٢٩١ - ٢٩٣ .

الخاتمة

بدانا موضوعنا بحمد الله تعالى والصلاة والسلام على خاتم رسله وعلى آله وصحبه واخوانه من النبيين والمرسلين .

ثم تكلمنا عن أهمية الموضوع من الناحيتين العملية والعلمية ، وخطة البحث وطريقته . وفي باب تمهيدى عرضنا للجانب التاريخى لنظرية الضرورة ولتطبيقاتها في الفروع المختلفة الأخرى .

وفي القسم الأول تكلمنا عن النظرية العامة في ابواب اربعة الباب الأول خصصناه لدراسة ماهية الضرورة والفرقة بينها وبين غيرها من الظروف المشابهة والحالات الماثلة .

وأما الباب الثانى فدرسنا فيه اصول نظرية الضرورة حيث اشرنا في الفصل الأول الى بعض آيات الله البينات وبعض الأحاديث النبوية الواردة في هذا الموضوع بقدر ما أوتينا من علم في هذا الضعد .

وفي الفصل الثانى رأينا أن أساس نظرية الضرورة في الفقه الاسلامى أنه ينحصر في المبدأ الذى يقول « الضرر يزال » ذلك المبدأ المستمد من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » . وهو مقرر في شريعة الله من يوم نزولها بلا خلاف او جدل ، وبدون تعدد في النظريات او افراط في المناقشات .

نزولها من غير خلاف او جدل ، وبدون تعدد في النظريات او افراط في المناقشات .

ورأينا أن هذا الأساس هو وحده اصل لكل احكام الضرورة . وقد اورد العلماء على هذا الأساس قواعد ذكرنا منها قاعدتين الاولى : الضرر لا يزال بالضرر ، والثانية يرتكب أخف الضررين لاتقاء أشدهما وقلنا ان مبدأ ازالة الضرر يكفى بذاته للقول بما تؤدى اليه هاتان القاعدتان . وانما ذكرهما العلماء على سبيل الايضاح وازالة لما قد يتوهم من غموض .

— ورأينا كذلك ان من أئمة الشريعة من قام بعمل موازنة كبيرة بين المصالح والمفاسد وذلك في كل الاحوال وخصوصا عند تنازع المصالح مع بعضها او المفاسد مع بعضها ، او تنازع المصالح مع المفاسد

واتتهى ذلك الامام - وهو العلامة عز الدين بن عبد السلام - الى انه عند تنازع المصالح يقدم اكثرها نفعا ، وعند تنازع المفاسد يرتكب أخفها ضررا ورأينا أن الموازنة تستند الى الاحاديث الشريفة الواردة عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الشأن والتي جاءت صريحة في بيان الموازنة بين المصالح من ناحية • وبين المفاسد من ناحية أخرى • فضلا عن لمن نصوص القرآن الكريم اشارت الى هذه الموازنة اجمالا من غير تفصيل •

ثم قلنا ان الموازنة ليست مقصودة لذاتها ، بل انها مطلوبة لمعرفة اكبر المصالح نفعا ، او لمعرفة اقل المفاسد ضررا ، وكل ذلك راجع الى المبدأ الذى اعتبرناه اساسا لنظرية الضرورة ، وهو الذى يقضى بدفع الضرر بقدر الامكان •

وعرفنا كذلك ان الضرورة ، تبيح جرائم معينة ، وان اصل الاباحة فى هذه الجرائم ، راجع الى ازالة الضرر ، فنظرا لما فى هذه الجرائم من الاضرار البسيطة ، التى لا يمكن ان تقاس بجانب هلاك النفس مثلا ، فان الشريعة الغراء تبيح ، بل وتوجب - على المضطر ، ان يخالف هذه الاحكام ، حفظا لمصلحة - اهم واعلى - تحرص الشريعة على صيانتها وحفظها •

أما الجرائم التى ترخص الضرورة فى اقترافها ، فيرجع الترخيص فيها ايضا الى هذا المبدأ ، فلأجل ما فى هذه الجرائم من المضار الكبيرة ، فان الشريعة حرمت اقترافها بكافة صورها • ولكنه لما كانت الاضرار الناجمة عن مخاطر الضرورة اكبر جسامة واشد خطرا ولايستطيع تحملها الا غير العاديين من الناس فان شريعة الله ، رخصت للمضطر فى اقتراف هذه الجرائم • والترخيص - هنا - يعنى رفع العقوبة فقط عن الفاعل مع بقاء الفعل فى ذات محرما •

أما اذا كانت المفاسد متساوية ، وكانت احدى المفسدين قد حاقت بصاحبها ، فلا يجوز لهذا ان يدفعها على حساب الاضرار بغيره • ذلك لان الضرر لا يزال بالضرر وهذا هو ما دعا الشريعة الغراء الى ان تمنع كل أثر للضرورة فى بعض الجرائم ومنها جرائم الأتفس •

ثم تناولنا بعد ذلك أساس الضرورة في القانون الوضعي • وعرضنا للنظريات التي نادى بها الشراح في عصور مختلفة • وقد تعددت الآراء واختلفت وجهات النظر فمن الشراح من أسس حالة الضرورة على عيوب الارادة ومنهم من أسندها الى القانون الطبيعي ومنهم من قال بانتفاء القصد • وقد رأى كثير من الشراح ان الضرورة تقوم على الاكراه المعنوي • ثم ظهرت نظرية عدم الفائدة من العقاب • واخيرا نظرية تنازع الحقوق •

وغنى عن البيان انه ما من نظرية الا وقد وجهت اليها انتقادات جدية اظهرت عيوبها الجوهرية التي جعلتها في عجز كامل عن تأصيل نظرية الضرورة •

وحتى بالنسبة لحدث النظريات التي ينادى بها الشراح في العصر الحاضر نراها لم تسلم من النقد • بل وقفت عاجزة تماما عن تبرير جريمة الضرورة عند تساوى الحقوق المتعارضة •

وفي نفس الوقت الذي نرى فيه الشريعة الاسلامية تقرر الاساس الواضح والسليم لنظرية الضرورة • بل ان من علماء الشريعة من شرح فكرة الموازنة بين المصالح والمفاسد عند التنازع ولكن على اساس سليم كقيل بحل جميع المنازعات الناجمة عن ذلك التنازع •

ومن هؤلاء العلماء الاجلاء الامام عز الدين بن عبد السلام رحمه الله المتوفى سنة ٦٦٠ هـ (الموافق ١٢٦٢ ميلادية) (١) • وهو حينما

(١) ومن الأهمية بمكان كبير أن نشير الى أن تنازع المصالح او المفاسد ليس هو الأساس المنضبط لنظرية الضرورة وانما أساسها شرعا هو مبدأ ازالة الضرر بقيودة • ولكننا أشرنا الى هذه النظرية كما شرحها الامام الجليل ابن عبد السلام للاستعانة بها في معرفة الضرر الكامن حتى يمكن تجنبه وازالته • ولا ننسى أن العلامة ابن عبد السلام قد ارجع الفكرة الى مصادرها الأولى من الكتاب والسنة • ولا مجال للمقارنة في هذا الشأن • نعم قد تصح المقارنة في مجال البحث المستفيض والدراسات الفقهية • ولو صح لنا ذلك لقلنا أن الشراح ينسبون فكرة التنازع الى الفيلسوف الألماني هيجل في كتابه المنشور سنة ١٨٣٣م وهي بصورتها الوضعية وفي أحدث تطوراتها لم تسلم من النقد ولا تزال عاجزة عن تبرير حالة الضرورة عند تساوى الحقوق المتنازعة • في حين أننا نجد هذه النظرية على اكمل ما تكون شرحا وتفصيلا وسلامة من أى نقد كما افاض في دراستها الامام

تكلم عن ذلك انما استند الى كتاب الله تعالى والى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . اى منذ ما يزيد على اربعة عشر قرنا من الزمان . ولكن بدون تناقض أو جدل أو خلاف . بل ومع اتساق كامل مع سائر التطبيقات الجزئية لنظرية الضرورة .

وعلى الرغم من ان حالات الضرورة تختلف احكامها باختلاف الجرائم ، فان الاساس فى هذه الحالات هو اساس واحد . بل ان الاختلاف فى احكام هذه الحالات مرجعه الى ذلك الاساس الموحد الذى ترجع اليه كل احكام هذه النظرية .

وذلك بعكس القوانين الوضعية . فانها تقضى بحكم واحد لكل الجرائم المرتكبة فى حالة الضرورة . ثم نرى الشراح فى حيرة من تأسيس هذا الحكم الموحد . ونجد فى النهاية من يقول بالجمع بين نظريتين ، أو بين أساسين من اجل حكم واحد .

ولا غرابة فى الامر فصنع البشر دائما يؤدى الى منطق معكوس فى الغالب من الامور . وضعف الاساس من اقوى الادلة على ضعف المؤسس . وتعدد الاساس للحكم الواحد برهان قاطع على زعزعة الثقة فى ذلك البناء .

اما متانة الاساس فبرهان على اتقان صنع المؤسس . ووحدة الاساس هى الحجة البالغة على ان البناء يستمد قوته من مبدعه . وذلك البناء الشامخ الذى طوى القرون والاجيال قائلا للعالم اجمع : ان الشريعة هى من صنع الله الذى اتقن كل شئ انه خير بما تفعلون » .

ومما هو جدير بالذكر ان الاساس المقرر لنظرية الضرورة فى الشريعة الاسلامية . قد قضى على تلك الشكوى الناجمة عن مسألة تنازع الحقوق المتساوية فقد سبق .

عز الدين بن عبد السلام المتوفى سنة ١٢٩٢م . اى قبل ان يعرف العالم شيئا عنها بما يقرب من ستة قرون . هذا فضلا عن اصولها الثابتة فى كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وهو امر معاذ الله ان يكون محلا للمقارنة .

فقد سبق ان ذكرنا ان الشريعة تقرر ان الخطر اذا كان مجسداً
بالانفس فلا يجوز بأية حال التضحية بنفس سبيل بقاء نفس اخرى ،
او حتى في سبيل بقاء عدد كبير من الانفس .

وقلنا ان الاساس في ذلك هو مبدأ ازالة الضرر وهو المبدأ العام
لنظرية الضرورة . ومن الممكن ان يقال ان الاضرار هنا متساوية
والشريعة تحرم دفع الضرر بالضرر . وقد تناولت المسألة من وجه آخر
حيث رفضت دعوى التساوى — فان الفاعل هنا — يرتكب جريمة
قتل كاملة وكما قال الفقهاء ان مفسد قتل نفسه اخف من مفسد قتل
غيره — أما منطق التشريعات الوضعية ، فانها تقضى برفع العقاب في مثل
هذه الصورة ، بل ان القوانين التي تعتبر الضرورة سبباً للإجابة تبيح
تلك الجريمة على ما فيها من آثام وشُرور .

ولم يجد الشراح تبريراً للترخيص او الإباحة في هذا الميدان الا اقوالاً
رددناها في حينها مثل ان القانون لا يكثرث بنتيجة التنازع ، او مثل
ما قيل من ان الضمير الانساني لن يتحرك ولن يثور ضد جريمة هكذا
شأنها .

ولكن قلت ولا زلت اقول ان مجتمعنا لن يرضى عن مثل هذه
الجرائم .

— واذا كان ذلك بالنسبة لجرائم الانفس فهو ايضا مقرر بالنسبة
لجرائم الاموال ، سواء في الشريعة والقانون ؛ كل في ميدانه فالشريعة
تحرم دفع الضرر بالضرر ، فالذى يدفع الغرق عن ارضه باغراق ارض
غيره يعتبر آثماً . واذن فهي تجرم على الانسان أن يدفع التلف عن
ماله بالتلاف مال غيره .

نعم لو كان المالان مملوكين للغير ، فانه يجوز للشخص غير المالك
ان يدفع التلف عن اى منهما حسب اختياره ان كانا متساويين فاذا كان
احدهما اكبر وجب دفع التلف عن اكبرهما . لانه يرتكب اخف الضررين
من اجل دفع اشدهما .

والقانون الوضعي على العكس من ذلك : فاذا كانت الاموال
متساوية ، فانه يجوز للانسان ان يتلف مال غيره من اجل حفظ ماله .

وذلك المنطق تقرره التشريعات التى تسمح بأعمال أثر الضرورة فى جرائم الاموال ، والتشريع المضرى الخالى ليس من هذه التشريعات .
وفى النهاية لا أجد تعليقا على موقف التشريعات الوضعية من هذه المسألة - بطرفها - إلا ما قاله الفقيه السويسرى الاستاذ موريو :

« ولكن اذا كانت الأموال متساوية أو قريبة من التساوى ، فان الدولة لا تفعل شيئا أكثر من احترام الأنسانية .

وهكذا ثبت فشل القوانين الوضعية . « وشهد شاهد من أهلها »
فهل آن لأهل الحق أن يستيقظوا من نومهم ويعودوا الى رشدهم ؟

وفى الباب الثالث تناولنا بالدراسة التفصيلية أركان الضرورة وشروطها ... أما شروط المضطر وشروط الخطر فلا نكاد نجد فارقا بين الدراسة الشرعية والدراسة القانونية . اللهم الا سبق فقهاء الشريعة الى كل ما يقوله الشراح فى العصر الحديث . وكذلك الحال بالنسبة لمحل الضرورة . غير أننا رأينا الشريعة الغراء تعطى للمال أهمية تفوق تلك المقررة له فى القانون الوضعى . وخاصة قانون العقوبات المصرى الذى لا يعترف بأثر الضرورة فى جرائم الأموال وقد قلنا هنا لك ان هذا عيب كبير وقصور ظاهر .

وفىما يتعلق بشروط الفعل الذى يدفع به الخطر فتتلخص فى شرطى النزوم والتناسب .

ومن خلال دراستنا للشرط الأول ، وهو أن يكون فعل الضرورة لازما لدفع خطرهما يبدو للقارئ الكريم - من أول وهلة - أن قانون العقوبات المصرى يتفق مع قواعد الشريعة فى هذا الشرط .

والواقع ان هذا الاتفاق انما هو ظاهرى فقط ... فالشريعة حينما تقر شرط النزوم ، انما تقرره فى اطار المنهج الإسلامى المتكامل وفى دائرة الاساس الشرعى الذى تقوم عليه نظرية الضرورة والذى من مقتضاه عدم ازالة الضرر بالضرر ومن باب أولى عدم ازالته بضرر أعظم .
والا كان التشريع عبثا ...

وهذا ما وقع فيه التشريع الوضعى . وهو نفس الامر الذى دفع الشراح الوضعيين الى بحث حسن النية ومدى اشتراطه عند تطبيق شرط النزوم .

أما فقهاء الشريعة فلم يشيروا الى حسن النية لانه مفترض شرعا في كل حركات الانسان . كما أن ضوابط النظرية تحول بين المضطر وبين الخروج عن دائرة المشروعية تماما . ولذلك فإن الخلاف الذى ثار بين الشراح حول اشتراط حسن النية غير وارد فى الفقه الاسلامى . وأن الامثلة التى ساقها الشراح فى هذا الشأن لا تقرها الشريعة ولا تقبلها . بل وترفضها تماما . وعلى الاخص ذلك المثل القائل بأن عمرا رأى عدوه زيدا يتنازع هو وبكر خشية فى البحر للنجاة بواستطها من الفرق فانتهر الفرصة ودفع زيدا عنها . وبهذا تمكن بكر من النجاة . . . هذا المثل — وما يشابهه من الامثلة الاخرى — لا تقره الشريعة على الاطلاق وسواء كان عمرو حسن النية او سيئها فانه مسئول شرعا عن قتل انسان . لأن الضرورة لا أثر لها فى هذا المجال .

وأما عن الشرط الثانى ، وهو شرط التناسب فقد رأينا — أنه فيما يتعلق بمضمون هذا الشرط فإن ما يقول شراح القانون فى الوقت الحاضر ، وما استقرت عليه أحكام القضاء ؛ هو عين ما قاله فقهاء الشريعة الاسلامية منذ مئات السنين .

نقول : ان ذلك فيما يتعلق بمضمون الشرط وهو ان يكون الفعل المرتكب فى حالة الضرورة متناسبا مع الخطر المراد تجنبه وتقاديه وأما فيما يتعلق بشرح هذا الشرط وتطبيقه وتفصيل حالاته المختلفة ، فإن الشراح الوضعيين — ومعهم أحكام القضاء — كثيرا ما يخالفون الشريعة الاسلامية فى هذا الشأن .

وسبب ذلك هو الموقف الشاذ للقوانين الوضعية جميعها التى تجعل للضرورة حكما واحدا لا يختلف باختلاف الحق المهدد بالخطر .

اما الشريعة الاسلامية فقد سلكت المنهج العدل الذى يضع فى اعتباره الموازنة الصحيحة بين الحقوق المتعارضة .

ففى حالة ما اذا كان الحق متعلقا بالنفس الانسانية فإن الضرورة لا تؤثر فى اباحة هذا الحق على الاطلاق بل وتكون عديمة الاثر ايضا فى العقوبة الواجب تطبيقها عند المساس بحق النفس الانسانية .

فالضرورات تبيح المخطورات بشرط عدم نقصانها عنها . بمعنى ان الضرر لا يزال بالضرر فاذا كان الخطر متعلقا بنفس انسان فلا يزال باهلاك نفس أخرى ومن باب أولى باهلاك أنفس عديدة . . باستثناء المصلحة العليا للبلاد حيث تعلو هذه المصلحة فوق كل المصالح .

ومن هنا نرى ان الامثلة التي ساقها الشراح - وبعض الاحكام المشار اليها والتي من شأنها ان يكون للضرورة اثر في جرائم النفس كلها امثلة تخالف الشريعة الاسلامية مخالفة صارخة . حتى ولو كانت النفس المراد حمايتها هي نفس الفاعل او نفس أحد من ذويه او اقاربه وقد سبق ان بينا ذلك وعلقنا عليه عند كلامنا عن أساس نظرية الضرورة، وفي مناسبات اخرى كثيرة .

وفي الباب الرابع رأينا ان الشريعة ميزت في آثار الضرورة بين الجرائم المتعلقة بالنفس والعرض ، وبين بقية جرائم الحدود والتعازير أما جرائم النفس ، وهي القتل والضرب والجرح فلا أثر للضرورة فيها مهما كانت الظروف ومهما بلغت درجة الخطر بالمضطر ، وكذلك جرائم العرض - وأهمها جريمة الزنا لا أثر للضرورة فيها . .

وقد ذهب الجمهور الى أن الحد يدرأ للشبهة . . أما في غير ذلك من جرائم الحدود فان الضرورة فيها تعتبر من أسباب الاباحة بل ان هذه الاباحة قد ترقى الى درجة الوجوب عند الجمهور متى كانت حياة المضطر متوقفة على ذلك الفعل . .

وأما القوانين الوضعية ، فقد ذهب جلها الى أن حالة الضرورة من موانع العقاب ، ومن هذه القوانين قانون العقوبات المصرى والقانون الايطالى والقانون السويسرى والقانون الدانماركى وكثير غيرها . . فى حين أن القانون الفرنسى لم يعالج النظرية بنص عام يحكمها . . ورأينا هنالك قلة من التشريعات تعتبر الضرورة من أسباب الاباحة وهى القانون قلة من التشريعات تعتبر الضرورة من أسباب الاباحة وهى القانون الاسباني والقانون الالماني والقانون السوفيتى . . .

وبأدنى تأمل ومن غير تحيز (١) تبدو عدالة الشريعة وكمالها فى كل ما قرره . . فهمي لم تشأ أن تجعل الانفس محلا للاباحة او للترخيص

(١) بل ان ما اقوله سيقوله كل قارئ .

في قتلها أو التهاون في أمرها مهما كانت الاخطار المحيطة ، ومهما عيبت
النتائج الضارة ، فالنفس معصومة على كل حال وفي كل الظروف ومن
يقتل غيره لينقذ نفسه يعتبر قاتلا . أما نصوص القوانين الوضعية فلم
تراع هذه المسألة بل من قال منها بالاباحة جعلها اباحة مطلقة . ومن
قال بالاعفاء من العقاب ، جعل الاعفاء شاملا لكل الجرائم بلا قيود
ولا حدود .

ولذلك فإن جميع القوانين الوضعية وخاصة قانون العقوبات المصري،
تسمح طبقا لنصوصها - بالقول بأن من قتل آخر لينجو بحياته فلا
عقاب عليه .

بل ان هذه النصوص قد تسمح بأكثر من ذلك ، حيث يمكن في
بعض الظروف ان ينظر الى من يقتل أكثر من نفس حفاظا على حياته
وحياة احد من ذويه على اعتبار انه في حالة ضرورة كما سبق أن اشرنا
الى آراء الشراح في هذه المسألة وبعض احكام القضاء الفرنسي ..

وهكذا بلغت قيمة النفس الانسانية عند المشرع الوضعي هذه
الدرجة من المهانة بحيث سمحت النصوص لمن يحاول تبرئة هذا القاتل
وامثاله ان يجد له مخرجا أو تأويلا .

ولكن الله تبارك وتعالى يجعل النفس الانسانية في أعلى درجات
الصيانة والحفظ فيقول جل شأنه : « .. من قتل نفسا بغير نفس أو
فساد في الارض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس
جميعا .. » ..

لذلك فلا مجال للمقارنة في هذا السبيل ...

ثم ان الشريعة اذا ما أباحت للضرورة بعض الجرائم التي لا تمس
النفس أو العرض فانها ترتفع بهذه الاباحة الى درجة أعلى ، حيث يقرر

جمهور الفقهاء انه يجب على المضطر ان يتناول القدر اللازم لبقاء حياته فان لم يفعل كان أكهما ..

أما القدر المشترك بين الشريعة والقوانين الوضعية فهو القول بأن الضرورة سبب من أسباب الإباحة في هذا النوع من الجرائم ..

ومع ذلك فان معظم التشريعات الحديثة اليوم تعجز عن أن تلحق بركب الشريعة في هذا الميدان ..

فلم نجد من التشريعات الحديثة من يقول بأن حالة الضرورة سبب من أسباب الإباحة الا التشريع الاسباني والالماني والسوفييتي ..

وحتى هذه التشريعات حينما قالت بالإباحة فانما قالت بها على إطلاقها في كل الجرائم . ومن المعلوم ان القول بالإباحة في جرائم القتل والضرب والجرح والزنا فيه من الخطورة على المجتمع ما فيه وهو ما تلافته شريعة الله كما سبق بيان ذلك .

امل سائر التشريعات الاخرى ومنها قانون العقوبات المصري ، فلم تصل الى اعتبار الضرورة سببا من أسباب الإباحة فهي لا تزال تعتبر هذه الحالة مانعا من موانع العقاب فقط .

والذي يهمنا التنبيه اليه هو أن موقف القانون المصري محل انتقاد كبير من شراحه المعاصرين ، حيث يرى كثير من الشراح : « ان حالة الضرورة تجمع مقومات الإباحة ويجب عدالة ان يكون لها نفس الاثر فالضرورة تتسع لصور لا يتحقق فيها التأثير على ارادة الشخص .. فكان يجب أن يتوجب على الضرورة تعطيل نص التجريم واعتبار الفعل كأن لم يكن » .

وفيما يتعلق بأثر الضرورة في المسئولية المدنية فقد رأينا أن للفقهاء آراء ثلاثة ، رأى يقول بالتضمنين ورأى يقول بعدمه ورأى يقول ان كان للمضطر مال حاضر لزمته قيمة ما أخذ والا فلا شيء عليه . وقد أشرت هذا القول لأن القواعد العامة في الفقه الاسلامي تقضى بالعمل به .

وقد رأينا أنه لا منافاة بين الإباحة وبين الضمان ، لأن الإباحة مصدرها اذن صاحب الشرع ، وهو لا يوجب سقوط الضمان ، بل انما ينحصر أثره في نفي الاثم والمؤاخذه بالعقاب ، أما حقوق العباد فهي مضمونة لا يمكن اسقاطها الا باذنه .

وفي حالة عدم امكان الوفاء بأى وجه ، فان المضطر يكون له حق في أخذ ما يسد رمقه ويحفظ عليه حياته ، من غير ضمان .

أما التشريعات الوضعية فرأينا ان قلة منها قننت هذه المسؤولية في نصوص غير حاسمة . وأن كثيرا منها لم تنص على المسؤولية المدنية . لكن القانون المدنى المصرى جاء بنص حاسم في هذا الموضوع هو نص المادة ١٦٨ منه . وقد رجحنا رأى الشراح القائلين باستبعاد الخطأ التقصيرى أساسا للحكم المنصوص عليه في هذه المادة . ثم اتهمنا الى أن التعويض المنصوص عليه فيها يرجع في أساسه الى المسؤولية المدنية .

ولعل الحكم المنصوص عليه في المادة ١٦٨ مدنى مصرى لا يكاد يخرج في الجملة عن آراء الفقهاء . بل انه يكاد يقترب من رأى الذى سبق أن قلنا بترجيحه .

ومع ذلك كله فانى أرى الالتزام بشرع الله عز وجل وضرورة تعديل هذا النص بما يتلائم مع الحكم الشرعى ومع القول الذى رأينا رجحانه لان في ذلك ضمان كامل لحقوق العباد ، والتزام بحدود الله عز وجل . حيث بين النبى صلى الله عليه وسلم أن الدماء والأموال معصومة الا بحقها . فمن أتلف مالا للغير فعليه ضمانه . والمضطر الذى ينقذ نفسه بمال غيره ، يضمن هذا المال متى كان قادرا على الوفاء حالا او مستقبلا . واما ان كان عاجزا عن ذلك ، فان له حقا فيما أخذ .

أما القسم الثانى فقد درسنا فيه تطبيقات الضرورة في المجالات المختلفة .

حيث تناولنا في الباب الأول - تطبيقات الضرورة في جرائم النفس -
فرأينا أن الضرورة لا أثر لها في هذه الجرائم ، على مستوى الأفراد^(١)
أما ان كانت المصلحة العليا للبلاد تتوقف على التضحية ببعض الأفراد
كما هو الحال بالنسبة لمن تترس بهم العدو فان التضحية حماية للبلاد
جائزة هنا على ما قرره جمهور الفقهاء . أما على مستوى الأفراد فلا أثر
للضرورة في جرائم النفس على الاطلاق وقد ابطالنا تلك الاشاعة
المنسوبة الى مالك زورا وبهتانا .

وفي الباب الثاني عرضنا كثيرا من تطبيقات الضرورة بالنسبة
للمطعومات والمشروبات المحرمة . كما تكلمنا عن الضرورة وجرائم الأموال
في الباب الثالث .

واخيرا وفي الباب الرابع تناولنا بالتفصيل حالة الضرورة القائم به
بالغير وقد ظهر لنا أن الشريعة قد ضربت المثل الأعلى في وجوب نفاذ
المضطر ، حيث جعلت ذلك واجبا مفروضا على كل قادر عليه بغض
النظر عن درجة القرابة . بل وبغض النظر عما يسمى بالواجب القانوني
ثم انها جعلت الامتناع عن الانقاذ جريمة في كل الاحوال . بل وجريمة
ايجابية كأنها ارتكبت بفعل ايجابي . فان كان الممتنع متعمدا عوقب
بالعقوبة المقررة لجريمة العمد ، وأن كان غير متعمد عوقب بعقوبة الخطأ
وقد رأينا ترجيح الرأي القائل باستثناء عقوبة القصاص في حالة الامتناع
المؤدى الى موت المضطر ، والزام الممتنع بعقوبة القتل البديلة وهى دية
العمد في مال الجاني .

أما القانون الوضعي فلا يزال عاجزا عن حل تلك المشكلة ، وسيظل
كذلك في حالة عجز مطلق طالما تخلف عنصر الواجب القانوني . بل
ان التشريعات الوضعية ؛ حتى في حالة الانقاذ البحرى لم تتقدم خطوة
واحدة في هذا الصدد . اللهم الا ما قررته من عقاب الممتنع عن جريمة
امتناع بسيطة . وقد اعتبر القانون المصرى هذا الامتناع جنحة فقط .
مهما كانت نتيجة الامتناع .

(١) اللهم الا اذا كان هنالك شخص لديه قدرة على انقاذ نفس من
الهلاك فامتنع متعمدا هلاكه فانه يجوز قتاله لانه بامتناعه صار باغيا .
(٢٨ م - نظرية الضرورة)

وهو نقص كبير في التشريعات الوضعية يتنافى مع الحق الذى منحه الله تعالى للانسان وهو ايضا يتنافى مع الضمير الانسانى الحى الذى يوجب عليه أن يبادر الى انقاذ أخيه الانسان .

ومن هنا كان البحث عن امتناع الطبيب عن علاج مريض فى حالة خطيرة ، حيث أوجبت الشريعة ان يبادر بالعلاج والانقاذ ، فان تقاعس كان مسئولا عن حياة هذا المريض الذى مات بسبب امتناعه . بل ويعاقب بنفس العقوبة المقررة للفعل الايجابى . . ان عمدا فعقوبة العمد . وان خطأ فعقوبة الخطأ . وذلك بعكس الحال فى القانون الوضعى - الذى لا يعرف هذا الحكم المقرر فى الشريعة اذا لم يكن هنالك واجب قانونى يلزم الطبيب بالعلاج . واذا كانت بعض التشريعات تلقى على الطبيب التزاما فان المسؤولية هنا لا تعدو أن تكون مجرد مسؤولية عن جريمة امتناع بسيطة . والمسؤولية التى تكلم عنها شراح القانون المدنى ليست الا مسؤولية مدنية .

واذا دققنا النظر فى سر هذا البون الشاسع بين التشريع الالهى وبين التشريع الوضعى ، أدركنا بلا عجب أن شريعة الله تعالى انما تنظر الى أن كل انسان يحيط به خطر من أى نوع فان الواجب انقاذه وتخليصه . وهو واجب مفروض على كل من رآه ولديه القدرة على الانقاذ والتخليص . وذلك من الشريعة احتراماً للحياة الانسانية . أى لمجرد أنه انسان وقع فى مهلكة بغض النظر عن علاقة القرابة . بل وبغض النظر عما يسمى بالواجب القانونى . فطالما أنه قادر على الاغاثة والانقاذ تحتم عليه شرعا أن يفعل ذلك .

على لا أنه خصوصية للانسان فى هذا فمن يستطيع تخليص مال الغير من التلف والفساد يجب عليه شرعا أن يفعل ذلك . . وهكذا .

والأساس الشرعى فى هذا الوجوب أن التدخل معروف وأن الامتناع منكر . ومما لا شك فيه أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر من الفرائض الثابتة شرعا بنصوص كثيرة فى القرآن والسنة واذا كان الفقهاء يقولون انه فرض كفاية ، فان وصف هذا النوع من الفرائض يتحول الى فرض عينى اذا لم يتمكن من القيام به الا فرد واحد كما هو فى هذه الحالة . بل أننا نرى - الله أعلم - أن المنكر اذا أخذ

صورة مادية محسوسة وجب شرعا على كل قادر على التغيير أن يفعل ذلك حسب قدرته . ولما كان الخطر الحال محيطا بالنفس أو المال فإن الأحكام الشرعية تخاطب كل قادر على التدخل للانقاذ خطاب تكليف والزام .

وأنى للقانون الوضعى أن يعرف تلك الأحكام التى أنزلها رب العالمين لخير الناس أجمعين . وهى بما فيها من كمال وروعة تتحدى القرون والأجيال عبر خمسة عشر قرنا ولا تزال تتحدى الفكر البشرى . حتى يرث الله الأرض ومن عليها .

« قل لئن اجتمعت الانس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيرا . »

صدق الله العظيم . وصدق رسوله صلى الله عليه وسلم .
والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله .
سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين .

اهم المراجع

لقد وفقنا الله تعالى للرجوع الى كثير من المراجع التى يصعب حصرها وهى فى جميع الفروع الفقهية والقانونية . ولذا فاننا نشير هنا الى اهم هذه المراجع مرتبة ترتيبا تاريخيا بادنا بعلوم القرآن والسنة فكتب الاصول والقواعد فالفقه بمذاهبه المختلفة ثم ما كتب حديثا فى الفقه الاسلامى ثم التراجم واللغويات واخيرا المراجع القانونية ، العربية والاجنبية .

اولا : المراجع الشرعية

(١) القرآن الكريم وعلومه :

الطبرى ٣١٠ هـ : جامع البيان فى تاويل آى القرآن . لآبى جعفر محمد ابن جرير الطبرى طبعة سنة ١٣٧٤ هـ دار المعارف - بالقاهرة) . وايضا طبعة ١٣٣٢ هـ التى بها مشها تفسير غرائب القرآن ورغائب الفرقان للنيسايورى .

الجصاص ٣٧٠ هـ : احكام القرآن الكريم لآبى بكر احمد بن على الرازى المعروف بالجصاص طبعة سنة ١٣٣٥ هـ .

ابن العربى ٥٤٢ هـ : احكام القرآن للامام الحافظ محمد بن عبد الله بن احمد المعروف بابن العربى طبعة سنة ١٣٣١ هـ .

الفخر الرازى ٦٠٦ هـ : مفاتيح الغيب المشتهر بالتفسير الكبير للامام محمد الرازى فخر الدين بن العلامة ضياء الدين عمر طبعة ١٣٠٨ هـ .

القرطبى ٦٧١ هـ : جامع احكام القرآن لآبى بكر عبد الله محمد بن احمد الانصارى الخزرجى طبعة ١٣٥٣ هـ (دار الكتب المصرية) ، وطبعة الشعب .

ابن كثير ٧٧٤ هـ : تفسير القرآن العظيم للامام الجليل الحافظ عماد الدين أبى الفداء اسماعيل بن كثير القرشى الدمشقى طبعة الحلبي .

المحلى ٨٦٢ هـ : تفسير الجلايين بالاشتراك مع جلال الدين السيوطى (العلامة جلال الدين المحلى) طبعة سنة ١٣٦٠ هـ مع حاشية الصاوى .

السيوطى ٩١١ هـ : تفسير الجلايين بالاشتراك مع جلال الدين المحلى طبعة سنة ١٣٦٠ (الحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر) .

أبو السعود ٩٨٢ هـ : محمد بن محمد بن مصطفى العمادى من علماء الترك ولد بقسطنطين تقلد القضاء له مؤلفات منها التفسير المشهور باسمه مطبوع بهامش تفسير الفخر الرازى .

الصاوى ١٢٤١ هـ : حاشية العارف بالله تعالى احمد بن محمد الصاوى
المالكي الخلوتى على تفسير الجلالين طبعة ١٣٦٠ هـ .

القاسمى ١٣٢٢ هـ : تفسير القاسمى المسمى محاسن التأويل ، تأليف
علامة الشام محمد جمال الدين القاسمى طبعة الحلبي .

رشيد ١٣٥٤ هـ : تفسير القرآن الحكيم ، او تفسير المنار للسيد محمد
رشيد رضا اسنادا الى المرحوم الشيخ محمد عبده طبعة سنة ١٣٢٥
(الأولى منار) .

مخلف — معاصر : صفوة البيان لمعانى القرآن لفضية الأستاذ الشيخ
محمد جسنين مخلف الطبعة الاولى سنة ١٣٧٥ هـ .

(ب) السنة النبوية :

مالك ١٧٩ هـ : الموطأ لامام الأئمة وعالم المدينة مالك بن انس رضى الله عنه .
طبعة دار الشعب .

البخارى ٢٥٦ هـ : الجامع الصحيح للإمام أبى عبد الله محمد بن اسماعيل
ابن ابراهيم بن المفيرة البخارى (طبعة سنة ١٣٤٦ هـ) .

مسلم ٢٦١ هـ : الجامع الصحيح للإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم
القشيري النيسابورى طبعة سنة ١٣٨٣ هـ (دار التحرير بالقاهرة) .

ابو داود ٢٧٥ هـ : سنن أبى داود للإمام الحافظ أبى داود سليمان بن
الاشعث السجستاني . . مراجعة محمد محى الدين عبد الحميد .

ابن الاثير ٦٠٦ هـ : النهاية فى غريب الحديث لأبى محمد بن أحمد بن محمد
المعروف بابن الاثير طبعة ١٣٢٢ هـ (وأولى خيرية) .

العراقى ٨٠٦ هـ : تخريج الحافظ العراقى عبد الرحيم بن الحسين ابن
عبد الرحمن لأحاديث احياء علوم الدين (طبعة لجنة نشر الثقافة
الاسلامية سنة ١٣٥٦ هـ) .

السيوطى ٩١١ هـ : الجامع الصغير للإمام عبد الرحمن بن أبى بكر بن محمد
جلال الدين السيوطى (طبعة سنة ١٣٧٥ هـ ١٩٥٦ م) .

— الدر النثر تلخيص نهاية ابن الاثير للسيوطى طبعة سنة ١٣٢٢ هـ .

— تنوير الحوالك شرح موطأ مالك . دار الكتب العلمية بيروت .

ابن حجر العسقلانى ٩٨٢ هـ : بلوغ المرام من جميع أدلة الأحكام للحافظ
أحمد ابن على محمد العسقلانى طبعة سنة ١٩٥٠ هـ .

الحفنى ١١٨١ هـ : حاشية الحفنى على الجامع الصغير للفقهاء الشافعى
محمد بن سالم بن أحمد الحفنى .

الصنعانى ١١٨٢ هـ : سبل السلام ، للعلامة محمد بن اسماعيل الأمير
اليمنى الصنعانى طبعة الحلبي سنة ١٩٥٠ م .

الشوكاني ١٢٥٠ هـ : نيل الاوطار من احاديث سيد الاخير للامام المجتهد محمد بن علي بن محمد الشوكاني ط سنة ١٩٧٣ م .
ناصف (القرن ١٤ هـ) : التاج النجيب للأصول في احاديث الرسول صلى الله عليه وسلم للشيخ منصور علي ناصف طبعة ١٣٥٤ هـ .

(ج) كتب القواعد والأصول :

الأمدي ٣٦١ هـ : الاحكام في اصول الاحكام لأبي الحسن علي بن أبي علي سيف الدين الأمدي .

الدبوسي ٤٣٠ هـ : تأسيس النظر لأبي عبد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي (مخطوط) .

الغزالي ٥٠٥ هـ : المستصفى لحجة الاسلام محمد بن محمد أبي حامد الغزالي .

ابن عبد السلام ٦٦٠ هـ : قواعد الأحكام في مصالح الأنام للامام المحدث .
الفقيه سلطان العلماء أبي محمد عز الدين بن عبد السلام (طبعة ١٩٣٤) .

القرافي ٦٨٢ هـ : الفروق للعلامة أحمد بن إدريس عبد الرحمن الصنهاجي المالكي طبعة ١٣٠٢ هـ .

ابن السبكي ٧٧١ هـ : الأشباه والنظائر للامام العلامة الشيخ عبد الوهاب ابن علي بن عبد الكافي السبكي (محفوظ بمكتبة الجامعة الأزهرية رقم ٥٢ خاص ، ٩٣٧ عام) .

الشاطبي ٧٩٠ هـ : الموافقات للفقيه المالكي العلامة ابراهيم بن موسى ابن محمد الفرناطي المعروف بالشاطبي (طبعة المكتبة التجارية) .

ابن رجب ٧٩٥ هـ : القواعد للعلامة الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الجنبلي .

السيوطي ٩١١ هـ : الأشياء والنظائر في فروع الشافعية للامام جلال الدين السيوطي (طبعة سنة ١٩٥٩ م) .

ابن نجيم ٩٧٠ هـ : الأشباه والنظائر للعلامة زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجيم الحنفي (طبعة سنة ١٨٨٩ م) .

الحموي ١٠٩٨ هـ : غمر عيون البصائر على محاسن الأشبال والنظائر لابن نجيم وهي حاشية من تأليف العلامة السيد أحمد بن محمد الحنفي المعروف بالحموي (طبعة سنة ١٨٨١ م) .

(د) كتب الفقه :

١ - الفقه الحنفي :

السرخسي ٤٨٣ هـ : المبسوط لشمس الأئمة محمد بن أحمد - ابن سهل - (الطبعة الأولى) .

الكاساني ٥٨٧ هـ : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، لابي بكر سعود بن احمد علاء الدين الكاساني (طبعة سنة ١٩١٠ م) .

الميرغيناني ٥٩٣ هـ : الهداية شرح البداية للعلامة ابي الحسن بن محمد ابن عبد الجليل الرشيداني برهان الدين الميرغيناني (طبعة المكتبة التجارية بهامش فتح القدير) .

الزيلعي ٨٤٣ هـ : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للفقهاء الحنفى عثمان ابن على بن محمد فخر الدين الزيلعي (طبعة ١٣١٥ هـ) .

البابرتي ٧٨٦ هـ : العناية شرح الهداية للعلامة محمد بن محمد بن محمود اكمل الدين البابرتي (طبع المكتبة التجارية) .

الكمال ٨٦١ هـ : شرح فتح القدير - للعلامة محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود كمال الدين المعروف بابن الهمام (طبعة المكتبة التجارية) .

سعدى جلبى ٩٤٥ هـ : حاشية على العناية شرح الهداية للعلامة سعد الله ابن عيسى المفتى الشهير بسعدى افندى .

ابن نجيم ٩٧٠ هـ : البحر الرائق شرح كنز الدقائق (الطبعة الاولى بالمطبعة العلمية) .

شيخ زاده ١٠٨٧ هـ : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر للفقهاء الحنفى عبر الرحمن بن محمد بن سليمان المعروف بشيخ زادة (طبعة سنة ١٢٨٧ هـ) .

الحصكفى ١٠٨٨ هـ : الدر المختار شرح تنوير الأبصار للفقهاء الحنفى محمد بن على محمد علاء الدين الحصكفى (طبعة سنة ١٣٢٤ هـ) هامش حاشية بن عابدين .

ابن عابدين ١٢٥٢ هـ : حاشية ابن عابدين على الدر السماه رد المحتار على الدر المختار للعلامة محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقى (طبعة ١٣٢٤ هـ) .

٢ - الفقه المالكي :

مالك ١٧٩ هـ : المدونة الكبرى للإمام مالك بن انس (طبعة سنة ١٣٩٨ هـ) .

ابن القاسم ١٩١ هـ : العلامة عبد الرحمن بن القاسم بن خالد فقيه مصرى روى المدونة عن مالك .

سحنون ٢٤٠ هـ : العلامة عبد السلام بن حبيب بن سعيد التنوخى روى المدونة عن ابن القاسم .

خليل ٧٧٦ هـ : مختصر خليل للعلامة ضياء الدين خليل بن اسحاق موسى الجندى فقيه مالكى من أهل مصر (وعلى هذا المختصر شروح كثيرة بل أنه ترجم الى الفرنسية) .

المواق ٧١٧ هـ : التاج والاكيل لمختصر خليل : للعلامة محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق (طبعة سنة ١٣٢٩ هـ) .

ابن فرحون ٧٩٩ هـ : تبصرة الحكام في اصول الاقضية والاحكام تأليف رهان الدين ابراهيم بن الامام شمس الدين على بن محمد بن فرحون المالكي (طبعة ١٣٠١ هـ) .

الخطاب ٩٥٤ هـ : مواهب الجليل شرح مختصر خليل للعلامة ابي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني الفقيه المالكي الشهير بالخطاب (طبعة ١٣٢٩ هـ) .

الخرشي ١١٠١ هـ : فتح الجليل على مختصر خليل لابي عبد الله محمد الخرشي طبعة سنة ١٣١٦ هـ .

الزرقاني ١١٠٢ هـ : شرح الزرقاني على مختصر خليل للعلامة محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (طبعة سنة ١١٨٩ هـ : حاشية العدوي على فتح الجليل للخرشي .

الرددير ١٢٠١ هـ : الشرح الكبير على مختصر خليل لابي البركات سيدي احمد بن محمد بن احمد العدوي (طبع المكتبة التجارية سنة ١٣٧٣ هـ) .

الدسوقي ١٢٣٠ هـ : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي (طبعة سنة ١٣٧٣ هـ) .

عليش ١٢٩٩ هـ : شرح منح الجليل على مختصر خليل لابي عبد الله محمد ابن محمد عليش (طبعة سنة ١٢٩٤ هـ) .

— فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الامام مالك طبعة سنة ١٣٥٦ هـ ١٩٧٠ م .

٣ - الفقه الشافعي :

الشافعي ٢٠٤ هـ : الأم للامام محمد بن ادريس الشافعي امام المذهب طبعة سنة ١٣٢٢ هـ .

الماوردي ٤٥٠ هـ : الأحكام السلطانية لابي الحسن على بن محمد بن حبيب (طبعة سنة ١٢٩٨ هـ) .

الفزالي ٥٠٥ هـ : احياء علوم الدين (الطبعة الميمية بالقاهرة - طبعة لجنة نشر الثقافة الاسلامية) .

النووي ٦٧٦ هـ : منهاج الطالبين ، للعلامة يحيى بن شرف بن مري ابن حسين الحزامي الحوراني النووي (نسبة الى نوا من قرى حران بسورية) .

المحلي ٨٦٢ هـ : شرح منهاج الطالبين للعلامة جلال الدين المحلي (طبعة سنة ١٣٦٨ هـ) .

الانصارى ٩٢٦ هـ : أسنى المطالب شرح روض الطالب لأبى يحيى شيخ الاسلام زكريا بن محمد بن زكريا الانصارى (طبعة سنة ١٣١٣ هـ) .

عميرة ٩٥٧ هـ : حاشية عميرة على شرح جلال الدين المحلى لمنهاج الطالبين للعلامة شهاب الدين أحمد البرلسى الشهير بعميرة .

ابن حجر الهيثمى ٩٧٤ هـ : تحفة المحتاج بشرح المنهاج للعلامة شهاب الدين أحمد بن محمد بن على السعدى الانصارى الهيثمى (الطبعة الاولى) .

الشربينى ٩٧٧ هـ : مفنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للعلامة الشيخ محمد الشربينى الخطيب (طبعة مصطفى محمد) .

القليوبى ١٠٦٩ هـ : حاشية قليوبى على شرح المحلى للمنهاج لأبى العباس أحمد بن سلامة شهاب الدين القليوبى (طبعة سنة ١٣٦٨ هـ) .

٤ - الفقه الحنبلى :

ابن قدامة ٦٢٠ هـ : المفنى على مختصر الخرقى للعلامة عبد الله بن أحمد ابن محمد بن قدامة المقدسى الدمشقى موفق الدين (طبعة سنة ١٩٤٨ هـ الاولى منار) .

ابن قدامة ٦٨٢ هـ : الشرح الكبير للعلامة عبد الرحمن بن محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسى الجماعلى (طبعة سنة ١٣٤٨ هـ مطبوع مع المنسى) .

ابن تيمية ٧٣٨ هـ : السياسة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعية لأبى العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله النميرى تقى الدين بن تيمية (طبعة سنة ١٣٧٤ هـ) .

ابن قيم الجوزية ٧٥١ هـ : اعلام الموقعين للعلامة محمد بن أبى بكر بن أيوب ابن سعيد الزرعى الدمشقى (طبعة سنة ١٣٧٤ هـ) .

— الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية له ايضا (طبعة سنة ١٣٨١ هـ) .

الفتوحى : منتهى الارادات للعلامة محمد تقى الدين بن احمد الفتوحى .
البهوتى : كشف القناع للعلامة منصور بن يونس البهوتى (طبعة سنة ١٣١٩ هـ) .

— شرح منتهى الارادات للعلامة البهوتى ايضا مطبوع مع كشف القناع نفس الطبعة المشار اليها .

٥ - الفقه الظاهرى :

ابن حزم ٤٥٠ هـ : المحلى للفقهاء المحقق أبى محمد على بن احمد ابن حزم الأندلسى (طبعة منير الرشقى) .

٦ - فقه الزيدية :

زيد بن على ١١٢ هـ : المجموع الفقهى الكبير للامام زيد بن على بن الحسين ابن على بن أبى طالب رضى الله عنهم (متن الروض النضر) .

ابن المرتضى ٨٤٠ هـ : البحر الزخار الجامع لفقه علماء الامصار للفقهاء العلامة أحمد بن يحيى بن المرتضى (طبعة سنة ١٣١١ هـ) .

ابن مفتاح ٨٧٧ هـ : المنتزع المختار من الفيت المذار للعلامة عبد الله بن مفتاح (مطبوع مع البحر الزخار) .

الصنعاني ١٢٢١ هـ : الروض النضر شرح مجموع الفقه الكبير للعلامة شرف الدين بن الحسين بن أحمد (طبعة سنة ١٣٤٧ هـ) .

٧ - فقه الامامية :

القمي ٣٨١ هـ : « من لا يحضره الفقيه » للعلامة أبي جعفر محمد بن أبي الحسن بن علي بن الحسين بن موسى بن بابويه القمي (طبعة سنة ١٣٧٦ هـ) .

الحلي ٦٧٦ هـ : المختصر النافع للشيخ الاجل أبي القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن الحلي (طبعة ١٣٧٧ هـ) .

العاملی ١٢٢٦ هـ : مفتاح الكرامة بشرح قواعد العلامة للفقهاء محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسيني العاملی (طبعة سنة ١٣٢٣ هـ) .

٨ - فقه الاباضية :

الشميني ١٢٢٣ هـ : متن النيل للعلامة ضياء الدين بن عبد العزيز .

اطفيش ١٣٣٢ هـ : شرح النيل وشفاء العليل للعلامة محمد بن يوسف اطفيش .

(هـ) المعاجم والتراجم والتاريخ :

ابن هشام ٢١٣ أو ٢١٨ هـ : سيرة النبي صلى الله عليه وسلم ، لأبي محمد عبد الملك بن هشام بن أيوب (طبعة سنة ١٣٨٣ - دار التحرير بالقاهرة) .

ابن سعد ٢٣٠ هـ : الطبقات الكبرى طبع التحرير .

الجوهري ٣٩٣ : تاج اللغة وصحاح العربية للشيخ أبي نصر اسماعيل ابن حماد الجوهري ، رواية الشيخ أبي محمد اسماعيل بن محمد بن موسى النيسابوري سنة ١٢٩٢ هـ .

النسفي ٥٣٧ هـ : طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية على الفاظ كتب الحنفية لأبي حفص عمر بن محمد بن أحمد بن اسماعيل النسفي (طبعة سنة ١٣١١ هـ) .

الزمخشري ٥٣٨ هـ : اساس البلاغة للعلامة جاد الله أبي القاسم محمود ابن عمر بن محمود المعروف بالزمخشري الخوارزمي (طبعة سنة ١٣٤١ هـ) .

الرازي ٦٦٦ هـ : مختار الصحاح للعلامة زين الدين محمد بن شمس الدين أبي بكر عبد القادر الرازي .

أبن منظور ٧١١ هـ : لسان العرب للعلامة محمد بن معمر بن علي جمال الدين ابن منظور الانصاري (دار صادر دار بيروت) .

المقرى ٧٧٠ هـ : المصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد بن علي المقرى طبعة سنة ١٣١٢ هـ) .

الفروز بادى ٨١٧ هـ : القاموس المحيط محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم مجد الدين الشيرازى (طبعة سنة ١٣٠٢ هـ) .

ابن عرقة ٨٣٠ هـ : الحدود للامام ابي عبد الله محمد بن عرفة الفقيه المالكي وقد يشار الى هذا الكتاب بكلمة التعريفات (مطبوع مع شرحه سنة ١٣٥٠ هـ) .

الانصارى ٨٩٤ هـ : شرح حدود الامام ابي عبد الله محمد بن عرفة للامام ابي عبد الله محمد الانصارى (طبعة سنة ١٣٥٠ هـ) .

الشرتونى ١٩١٢ م : اقرب الموارد فى فصيح العربية والشوارد تأليف سعيد بن عبد الله الياس المعروف بالشرتونى المارونى اللبناى (طبعة سنة ١٨٨٩ م بيروت) .

معلوف القرن ٢٠ م : المنجد تأليف لويس معلوف اليسوعى (طبعة بيروت) المعجم الوسيط : اصدار مجمع اللغة العربية (طبعة سنة ١٣٨٠ هـ بمطبعة مصر) .

الزركلى القرن ١٤ هـ : الاعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعمرين والمستشرقين - تأليف خير الدين الزركلى الطبعة الثانية سنة ١٣٨٣ هـ - ١٩٤٨ م .

(٢) المؤلفات الحديثة فى الفقه الاسلامى .

ابو زهرة : الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى طبعة سنة ١٩٦١ .

- نظرية الحرب فى الاسلام (دراسات فى الاسلام اصدار المجلس الاعلى للشئون الاسلامية) .

- العلاقات الدولية فى الاسلام بحث لفضيلته مقدم الى مجمع البحوث الاسلامية القاهرة سنة ١٣٨٣ هـ - ١٩٨٤ م .
بدر : الاجتهاد .

فضيلة الشيخ بدر عبد الباسط (مذكرات غير مطبوعة لقسم الدراسات العليا) .

البرديسى : الاكراه بين الشريعة والقانون : بحث لفضيلة الشيخ محمد زكريا البرديسى . منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ٣٠ ، والسنة ٣١ .

الحسينى : نظام الحسية فى الاسلام الأستاذ الدكتور اسحق موسى الحسينى - بحث مقدم الى مجمع البحوث الاسلامية القاهرة سنة ١٣٨٥ هـ - ١٣٦٥ م .

- خلاف : اصول الفقه وتاريخ التشريع الاسلامى ومصادره للمرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف طبعة سنة ١٩٦٥ م .
- الزحيلي : آثار الحرب فى الاسلام . رسالة دكتوراة للزميل الدكتور وهبة الزحيلي (رسالة القاهرة ١٩٦٢ م) .
- شلبى : المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى وقواعد الملكية والعقود لفضيلة الأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلبى طبعة سنة ١٣٨٢ هـ .
- الشهاوى : الحسية فى الاسلام . رسالة الاستاذية لفضيلة الشيخ ابراهيم الشهاوى طبعة سنة ١٩٦٢ م .
- عودة : التشريع الجنائى الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى للمرحوم الأستاذ عبد القادر عودة طبعة ١٩٥٩ م .
- على : نظرية عامة فى تاريخ الفقه الاسلامى : الأستاذ الدكتور على حسن عبد القادر طبعة سنة ١٩٥٦ م .
- مذكور : المدخل للفقه الاسلامى للأستاذ محمد سلام مذكور طبعة سنة ١٩٦٦ .
- نظرية الاباحة عند الاصوليين والفقهاء بحث مقارن طبعة سنة ١٩٦٥ م .
- النضاء فى الاسلام طبعة سنة ١٩٦٤ .
- منصور : كتاب الدراسات الفقهية فى اصول الحكم والنظم المالية لفضيلة الشيخ منصور محمد الشيخ (الطبعة الاولى دار الطباعة المحمدية) .
- وحيد الدين : الاسلام يتحدى . للمفكر الاسلامى الكبير الاستاذ وحيد الدين خان طبعة سنة ١٣٩٧ هـ .
- يوسف : نظرية الدفاع الشرعى فى الفقه الجنائى الاسلامى والقانون الجنائى الوضعى طبعة سنة ١٣٩٩ هـ للدكتور يوسف قاسم .
- نظام التوبة وأثره فى العقوبات . بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد عدد سبتمبر سنة ١٩٧٣ م .

ثانيا : المراجع القانونية

(١) باللغة العربية :

١ - المؤلفات :

- الأستاذ احمد صفوت بك : شرح القانون الجنائى القسم العام .
- الدكتور احمد فتحى سرور : الوسيط فى قانون العقوبات القسم العام طبعة سنة ١٩٨١ م .
- الدكتور جلال ثروت : جرائم الاعتداء على الاشخاص طبعة سنة ١٩٦٩ م .

- الأستاذ جندى عبد الملك : الموسوعة الجنائية .
الدكتور رعوف عبيد : مبادئ الاجراءات الجنائية فى القانون المصرى (طبعة
سنة ١٩٦٤ م) .
الدكتور السعيد مصطفى السعيد : الاحكام العامة فى قانون العقوبات طبعة
سنة ١٩٦٢ م .
الدكتور عبد الرازق السنهورى : الوسيط فى القانون المدنى الجديد .
الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي : دروس فى الاحوال طبعة سنة ١٩٥٦ .
الدكتور عبد المنعم البدر اوى : اصول القانون المدنى المقارن طبعة سنة
١٩٥٩ م .
الدكتور عمر السعيد : شرح قانون العقوبات القسم الخاص سنة ١٩٦٩ م .
الدكتور على احمد راشد : مبادئ القانون الجنائى طبعة سنة ١٩٤٨ م .
- مذكرات فى القانون الجنائى طبعة نهضة مصر بالقاهرة .
على زكى العربى (باشا) : شرح القسم العام من قانون العقوبات وجرائم
القتل والضرب والجرح طبعة سنة ١٩٢٥ م .
الدكتور مأمون سلامة : قانون العقوبات القسم العام سنة ١٩٧٩ م .
الدكتور محمود حلمى : النظام الدستورى فى الجمهورية العربية المتحدة
طبعة سنة ١٩٦٥ م .
الدكتور محمد كامل مرسى : شرح قانون العقوبات القسم العام طبعة سنة
١٩٢٣ م .
الدكتور محمد مصطفى القللى : المسئولية الجنائية طبعة سنة ١٩٤٨ م .
الأستاذ محمود ابراهيم اسماعيل : شرح الاحكام فى قانون العقوبات طبعة
سنة ١٩٥٩ م .
الدكتور محمود محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات القسم العام طبعة
سنة ١٩٥٥ م . وطبعة سنة ١٩٦٤ م .
- شرح قانون العقوبات القسم الخاص طبعة سنة ١٩٥٨ م .
الدكتور محمود نجيب حسنى : شرح قانون العقوبات القسم العام سنة
١٩٦٢ م .
الدكتور يحيى الجمل : نظرية الضرورة فى القانون الادارى طبعة سنة
١٩٧٤ م .

٢ - الرسائل والابحاث :

- الدكتورة آمال عثمان : النموذج القانونى للجريمة بحث منشور فى مجلة
العلوم القانونية والاقتصادية العدد الاول يناير سنة ١٩٧٢ م .

الدكتور ابراهيم ابراهيم عطا : النظرية العامة للامتناع . رسالة جامعة القاهرة سنة ١٩٨١ م .

الدكتور ابراهيم زكى اخنوخ : حالة الضرورة في قانون العقوبات رسالة جامعة القاهرة سنة ١٩٦٩ م .

الدكتور أحمد محمد خليفة : النظرية العامة للتجريم رسالة القاهرة سنة ١٩٥٩ م .

الدكتور أحمد مدحت على : نظرية الظروف الاستثنائية في مصر وفرنسا . رسالة جامعة القاهرة .

الدكتور ذنون أحمد الرجوب : النظرية العامة للاكراه والضرورة رسالة القاهرة سنة ١٩٦٨ م .

الدكتور طعيمة الجرف : مبدأ المشروعية ورقابة القضاء على أعمال الإدارة . بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد العدد الأول السنة الثالثة والثلاثين .

الدكتور عبد المهيم بكر سالم : القصد الجنائي . رسالة القاهرة ١٩٥٩ م .
الدكتور على صادق ابو هيف : الدية في الشريعة الاسلامية وتطبيقاتها في قوانين مصر وعاداتها الحديثة رسالة باريس سنة ١٩٣١ م .

الدكتورة فوزية عبد الستار : المساهمة الأصلية في الجريمة رسالة القاهرة سنة ١٩٦٧ م .

الاستاذ الفونس الألفى : الأعمال الادارية ونظرية الضرورة مجلة القانون والاقتصاد السنة السابعة .

الدكتور محمد فائق الجوهري : المسؤولية الطبية من قانون العقوبات . رسالة جامعة القاهرة سنة ١٩٥١ م .

الدكتور يوسف قاسم : نظرية الدفاع الشرعى في الفقه الجنائى الاسلامى والثانون الجنائى الوضعى . رسالة جامعة الازهر سنة ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ م . وطبع سنة ١٣٩٩ هـ .

٣ - مجامع الأحكام والمجلات :

١ - مجموعة أبحاث المؤتمرين الأول والثانى لمجمع البحوث الاسلامية ١٣٨٣ هـ سنة ١٩٨٥ هـ .

٢ - مجموعة القواعد القانونية التى أصدرتها محكمة النقض فى المواد الجنائية .

٣ - مجموعة أحكام النقض فى المواد الجنائية .

٤ - الفهرس الجنائى لقضاء النقض .

٥ - المجموعة الرسمية .

- ٦ - مجلة الأزهر .
٧ - مجلة القانون والاقتصاد تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة .
٨ - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق
جامعة عين شمس .

٤ - كتب أخرى :

الكتاب المقدس : العهد القديم - التوراة - العهد الجديد - الانجيل -
(الطبعة الأمريكية بيروت سنة ١٩١٣ م) .

قصة الحضارة : ديل يورانت ترجمة الدكتور زكي نجيب محمود .

(ب) باللغتين الفرنسية والانجليزية :

Aboaf (J. H) L'état de nécessité et la responsabilité delictuelle
Paris 1941.

Bortolini (V. ch.) : La légitime défense dans la doctrine du
droit musulman en Egypte à l'époque des Mameloukes sous la domination
ottomane (Thèse Paris, 1931).

Chiron (A) et Aly Badawi : Code penal Egyptien Annoté 1939.

Edouard Tawfik Hazan : L'état de nécessité en droit pénal (Thèse
Paris, 1949.).

Foriers (Paoul) : De l'état de nécessité en droit pénal (Thèse
d'agrégation, Bruxelles 1951).

Fréjaville : Elément de droit criminel (1935).

Manuel de droit criminel.

Garçon (E) : Code pénal annoté (Paris 1901-1906).

Garraud (R.) : Traité théorique et partique du droit pénal français
(1913).

Goadby (F.M.) : Commentary on Egyption Criminal Law (Cairo
1924).

Grandmoulin (J.) : Le droit pénal égyptien indigène (Le Caire
1908).

Hamed El Chérif : Théorie de la légitime défense comparée de
droit français et de droit égyptien (Thèse paris 1922).

Haus : Principes généraux de droit penal Belge 1888.

Huguency (P) : Traité théorique et pratique de droit penal et
procédure penal militaire 1935.

Kant : Principes métaphysiques du droit (Paris 1853).

Mariche : La responsabilité médicale au point de vue pénale (Thèse Paris 1932).

Marchand : L'état de nécessité en droit pénal (Geneve 1901).

Moriaud : Du délit nécessaire, et l'état de nécessité (Thèse Geneve 1889).

Nagub Housni : Le lien de causalité en droit Pénal (1955).

Omar Bey Lotry : Note sur la légitime défense sur ses conditions et ses limites (Le Caire 1898).

Prélaud (A) : Du droit de légitime défense (Thèse Poitiers 1903).

Roux : Cours de droit criminel français (1927).

Stéfani (G.) et Levasseur : Droit pénal général et criminologie (1957).

Vidal (G.) et Magnol (J.) : Cours de droit criminel et de science pénitentiaire (1947).

الفهرس

الموضوع	الصفحة
تقديم وتقسيم وخطة البحث	٣ - ٨
الباب التمهيدى : تاريخ نظرية الضرورة ونطاقها	٩
الفصل الاول : تاريخ نظرية الضرورة	١١ - ٢٣
الفصل الثانى : نطاق نظرية الضرورة	٢٤
المبحث الاول : الضروريات الخمس وصلتها بالضرورة	٢٤ - ٣٢
المبحث الثانى : الضرورة فى غير المواد الجنائية	٣٢ - ٧١
القسم الاول : النظرية العامة للضرورة	٧٢
الباب الاول : ماهية الضرورة	٧٥
الفصل الاول : تعريف الضرورة	٧٥ - ٨٨
الفصل الثانى : التفرقة بين الضرورة وبين غيرها	٨٩ - ٩٦
الباب الثانى : اصول نظرية الضرورة	٩٧
الفصل الاول : مصادر النظرية من الكتاب والسنة	٩٧ - ١٠٧
الفصل الثانى : اساس نظرية الضرورة	١٠٨
المبحث الاول : اساس الضرورة فى الفقه الاسلامى	١٠٨ - ١٢٦
المبحث الثانى : اساس الضرورة فى القانون الوضعى	١٢٦ - ١٥٦
المبحث الثالث : اساس الضرورة بين الشريعة والقانون	١٥٦ - ١٦٠
الباب الثالث : اركان الضرورة وشروطها	١٦١
الفصل اولال : شروط المضطر	١٦٤ - ١٨٢
الفصل الثانى : شروط الخطر	١٨٢ - ١٩٣
الفصل الثالث : محل الضرورة	١٩٤ - ٢٠١
الفصل الرابع : شروط الفعل الذى يدفع به الخطر	٢٠٢ - ٢١٥

الصفحة	الموضوع
٢١٧	الباب الرابع : آثار نظرية الضرورة
٢١٨	الفصل الأول : آثار الضرورة في الفقه الإسلامي
٢١٩ — ٢٢٠	المبحث الأول : اثر الضرورة في جرائم النفس
٢٢١ — ٢٤١	المبحث الثاني : اثر الضرورة في الحدود والتعازير
٢٤٢ — ٢٤٧	المبحث الثالث : اثر الضرورة في المسؤولية المدنية
٢٤٨ — ٢٧٠	الفصل الثاني : آثار الضرورة في القانون المقارن
	الفصل الثالث : آثار الضرورة بين الشريعة والقانون مع الإشارة الى تجاوز حدود الضرورة واثباتها
٢٨٠ — ٢٧١	
٢٨١	القسم الثاني : تطبيقات نظرية الضرورة
٢٨٦	الباب الأول : الضرورة وجرائم النفس
٢٨٧ — ٢٩٤	الفصل الأول : قتل النفس وقاية لنفس أخرى
٢٨٧ — ٢٩٤	الفصل الثاني : قتل النفس وقاية لأنفس
٢٩٦ — ٣٠٠	المبحث الأول : الرد على ما نسب الى مالك رحمه الله
٣٠٠ — ٣٠٥	المبحث الثاني : قترس الكفار بأسرى المسلمين
	الباب الثاني : تناول الطعام والمشروب المحرم عند الضرورة
٣٠٦	
	الفصل الأول : تناول الخمر وما في حكمها عند الضرورة
٣٠٨	
٣١٠ — ٣١٩	المبحث الأول : التداوى بالخمر
٣١٩ — ٣٢٢	المبحث الثاني : شرب الخمر للعطش الشديد
٣٢٢ — ٣٢٥	المبحث الثالث : شرب الخمر لاساقفة الفصة
	الفصل الثاني : اكل الميتة وما في حكمها عند الضرورة
٣٢٦ — ٣٤٤	

الصفحة	الموضوع
٣٤٥	الباب الثالث : الضرورة وجرائم الأموال
٣٤٧	الفصل الأول : الاضطرار الى المال المحرز
٣٤٧ - ٣٤٩	المبحث الأول : أخذ المال بالقوة من مالكه
٣٤٩ - ٣٥٩	المبحث الثاني : سرقة المال من صاحبه
٣٦٠ - ٣٦٢	الفصل الثاني : الاضطرار الى المال غير المحرز
٣٦٣	الفصل الثالث : الاضطرار الى اتلاف الأموال
	المبحث الأول : طرح الأموال من سفينة مهددة بالغرق
٣٦٤ - ٣٦٦	المبحث الثاني : المسؤولية عن القاء الامتعة من السفينة
٣٦٦ - ٣٦٨	
٣٦٩	الباب الرابع : الضرورة القائمة بالغير
	الفصل الأول : الضرورة القائمة بالغير في الشريعة الإسلامية
٣٧٠	
٣٧١ - ٣٧٤	المبحث الأول : ادلة التدخل وحكمه
٣٧٤ - ٣٩٥	المبحث الثاني : الامتناع عن الاغاثة
	الفصل الثاني : الضرورة القائمة بالغير في القانون الوضعي
٣٩٦	
	المبحث الأول : اغاثة المضطر وحكم القانون فيها
٣٩٧ - ٤٠٨	
	المبحث الثاني : تطبيقات الامتناع عن الاغاثة في القانون الوضعي
٤٠٨ - ٤١٧	
٤١٨ - ٤٢١	الفصل الثالث : بين الشريعة والقانون
٤٢٢ - ٤٣٥	الخاتمة :
٤٣٧ - ٤٤٩	المراجع :
٤٥٠ - ٤٥٢	الفهرس :

تم بحمد الله وعونه وحسن توفيقه

تم الطبع بمطبعة جامعة القاهرة
والكتاب الجامعي
المدير العام
البرنس حمودة حسين عمر

رقم الايداع ٣٩٢٨ سنة ١٩٨١

الترقيم الدولي ٨ - ٤٦٨ - ٢٥٦ - ١٩٧٧

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com